

LOS VALORES JURIDICOS COMO ORDENAMIENTO MATERIAL

Autor: Ángel LLamas Cascón.

Director: Prof. Dr. Gregorio Peces-Barba
Martínez



INTRODUCCION GENERAL

I.- Un estudio sobre el concepto de valor que arranca del Ordenamiento jurídico español puede tener dos sentidos. El primero, aquel que mantiene la idea de que el valor en sí mismo significa algo que por su posible relevancia debe ser incorporado al mundo de la legalidad. El segundo mantendría la necesidad de un estudio de tipo inductivo, descubriendo que la empírie de lo que aparece en el texto de la Constitución española de 1978, como "valores superiores", no es el producto de un azar histórico, ni obedece a una serie de reflexiones de carácter meramente político.

El primero de los hipotéticos móviles de la aparición del artículo 1-1 de la Constitución exigiría un estudio que recogiese de manera conceptual o meramente nominalista la trayectoria doctrinal de los valores hasta encontrarse en el texto constitucional a finales del siglo XX en una relación de causa efecto, reproduciendo a lo largo de la historia un debate de diferente intensidad según los

momentos jurídico filosóficos. El método deductivo que gobierna esta primera hipótesis de trabajo no solo exige un conocimiento detallado que la cultura jurídico filosófica ha ofrecido en materia axiológica a la cultura occidental sino que también necesitaría de una mente omnicomprendiva que pudiera ejercer las funciones de un director capaz de desbrozar no solo lo que son los valores en cada época, sino como se interrelacionan con el resto del material histórico. Con ello quiero señalar que no solo se presupone una serie de conocimientos "ad hoc" para esta labor sino un instrumento cualitativamente capaz de abordar este trabajo en donde método y objeto se entrelazan no sin alguna dificultad. Al intentar adecuar el método con el que analizar los elementos axiológicos, teniendo presente el contexto histórico en donde se produce dicha indagación deberemos comprender si el propio método no adelanta elementos contraídos "a priori" a modo de prejuicios, que construyen la calidad de los valores de antemano para definirlos posteriormente en cada momento histórico. Si de esta manera fuese, la historia no sería más que un banco de pruebas, un test para

tamizar los valores los valores prefigurados previamente , contrastables con el análisis resultante.

Sin embargo la historia ofrece en el campo de la axiología jurídica algo más que un papel pasivo. El método difícilmente podrá proyectar un objeto sobre la historia cuando ésta forma parte inescindible del objeto mismo que se proyecta.

La solución mítica de los pensadores "prefilosóficos" configuraba un mundo donde la realidad axiológica se encuadraba en un esquema con referentes irracionales. La configuración axiológica viene inexorablemente vinculada al desarrollo del método racional en tanto que previamente a éste nos encontramos ante un mundo de relaciones fundamentalmente emotivas. Lo fundamental consiste en dar un marco en el cual los contenidos emotivos se expongan en el contexto de unas relaciones con el resto de los componentes individuales y sociales.

Para ello deberemos estudiar igualmente cual son los irreductibles elementos individuales en el discurso axiológico, casi a la manera de Moore en el lenguaje, y quizás completar la visión del valor como elemento primitivo de la estimativa jurídica.

De no encontrarnos con un conjunto de valores con identidad propia, posiblemente haya que enfrentarse a la necesidad de completar la identificación con la puesta en relación de los diferentes valores en el contexto citado. Con ello contraemos el doble compromiso de estudiar el elemento relacional como identificación del presupuesto axiológico y la relevancia de la manera de comprender el contexto adecuado para su desarrollo. El debate, que no hay que obviar en ningún caso de esta segunda vía de indagación, no es otro que la vocación de un Ordenamiento jurídico por la construcción sistemática frente a la orientación tópica o viceversa. Ambas vías -concepto relacional como fórmula de identificación del valor y contexto jurídico donde se desarrolla, sistemática versus tópica y sus conciliaciones- formarán uno de los pilares de la

exposición del trabajo. De ahí la especial incidencia en la formación de algunos esquemas sistemáticos y de las malinterpretaciones que desde hace tiempo algunos autores han enunciado como patrimonio de las teorías que conducen a la tópica jurídica.

Por todo esto será útil deslindar la repercusión social que la estimativa alcanza en el Ordenamiento jurídico del origen de su fundamentación e identificación.

II.- En el estudio de los valores y su dimensión jurídica destaca la valoración social y esta dimensión parte de la concepción y estudio de los valores en el anteriormente citado marco que interrelaciona los elementos individuales y sociales. No solo ocurre así con los valores a escala social sino que el estudio de los factores emotivos no pueden ser puestos de relieve en una dimensión intersubjetiva sino en el propio individuo, si no es ajustándonos a unas reglas más o menos comunes y con unos parámetros mínimamente objetivos. La regla de la universalización

kantiana en el ámbito de la moral obtiene en el campo del derecho una especial resonancia cuando los elementos que pasan a ser válidos jurídicamente están a medio camino entre el Derecho y la moral como son los valores jurídicos.

Del orden en el que se mueven ambos como moral y como Derecho derivarán su especial evolución y reglas propias. Su entrada en el mundo del Derecho no hace que todas sus nuevas normas las enuncie el Ordenamiento jurídico. Suponiendo que sean los mismos valores los que fuera del Ordenamiento jurídico pueden destacarse y con ello seguir hablando de los mismo - justicia, libertad, igualdad o pluralismo político - éstos reservan ciertas coordenadas de su origen a los que las normas del Ordenamiento jurídico deben acoplarse más que al contrario. Algunos autores como Peces-Barba han enfocado este aspecto desde las denominadas moralidad crítica y moralidad legalizada. Esto se produce en la lógica del propio comportamiento y exigencias de dos ordenes que

comparten los valores. Si una primera aproximación puede situarnos en esta perspectiva no se niega con ello que antes de que determinados órdenes "lógicos" por su coherencia interna y su construcción empezaran a regir los análisis de cualquier objeto de conocimiento, no existieran valores, fines, prioridades o preferencias susceptibles de ser jerarquizadas. Sin embargo, no pueden ser expuestas de manera diferenciada a los actos emotivos ni ser encardinadas a una estructura mental del individuo ni común de la sociedad para poder establecer su jerarquía y la estructura de los fines y de los valores.

En esta parte el punto de vista de la inserción de los valores como dimensión axiológica del Derecho, planteará una forma de reencuentro entre ética y Derecho, distinta de la tradicional oposición iusnaturalismo-positivismo que podríamos llamar, si se permite la licencia, iusnaturalismo-positivista, y que al mismo tiempo conlleva evitar el escollo del formalismo ético, cuya máxima expresión es el decisionismo de Carl Schmitt. También permite superar otros proyectos modernos de relación entre moral y Derecho

como las de Dworkin o de Willey, y ofrecer una propuesta que expresa una determinada conexión entre moral, poder y Derecho. Sintéticamente podríamos caracterizarla como una moralidad de la libertad, un poder político democrático y una concepción sistemática del Derecho . Apoyaré el modelo en algunos autores como Santi Romano en los precedentes, Bobbio y Hart entre los autores extranjeros y Elías Díaz, Peces-Barba o Pérez Luño entre otros autores españoles. Para culminar esta indagación entraremos en el puesto de los valores en el sistema jurídico como norma básica material y en su función en los procesos de creación y aplicación del Derecho. El último capítulo analizará estas premisas el artículo 1.1 de la Constitución española.

CAPITULO INTRODUCTORIO:

APUNTES DE UN ENFOQUE FILOSO-

FICO DE LOS VALORES.

I. SITUACION DEL TEMA

I.- Bajo el término " valor " la literatura jurídica ha englobado toda una serie de contenidos a lo largo de su historia. Sin embargo este período en el que el vocablo " valor " comienza a tener un sentido en el campo del Derecho significa un lapso de tiempo enormemente breve si lo comparamos con la dilatada vida que había experimentado en el terreno de la filosofía. Y este espacio temporal asiste a una continua variación sobre los contenidos de la acepción valorativa. Desde la primera utilización que hace el pensamiento griego de una manera reflexiva hasta el uso que la

filosofía de los valores nos ha hecho heredar, pasando por la captación que previamente había realizado la ciencia económica del término "valor" para explicar realidades de su materia, su significado se ha ido diluyendo progresivamente. Tan sólo una visión nominalista puede aunar en una misma palabra, connotaciones y definiciones tan extensas y diferentes (1).

El planteamiento inicial parte del análisis de lo que hoy entendemos como valor circunscrito al ámbito estrictamente jurídico. Tan solo en lo que puede ayudarnos a delimitar este ámbito acudiremos a la confrontación histórica. Para ello la exégesis diacrónica -fundamental para la acotación de una acepción como la del valor, que es una realidad eminentemente histórica- será un valioso instrumento y nunca el objeto del trabajo.

(1) Gabriel Marcel afirmará en este sentido : " La philosophie des valeurs m'apparaît personnellement comme une tentative vraisemblablement avortée de récupérer dans les mots ce qui a été réellement perdu dans les " esprits " . (**Les hommes contre L'humain**; Vrin, París. pag. 96).

Al abordar el tema desde la óptica jurídica no restringimos la materia de la axiología a la estimativa jurídica sino que reinventamos el objeto del estudio produciéndose una escisión sin posible reconciliación. Y es así porque la axiología jurídica tiene un objeto de estudio tan alejado del " valor " entendido como concepto tradicional que todo intento de conexión se encuentra con barreras infranqueables.

Esta reinvención arranca de la afirmación de Lotze: " Los valores no son, sino que valen " (2). El idealista alemán transmite la esencia del valor y la despeja del ser y de toda la carga

(2) Lotze. Rodríguez Paniagua., J.M. **La Etica de los valores como etica jurídica**. Universidad Complutense. Madrid, 1972. En nota 26,(pag.19). García Morente : para esta variedad ontológica de los valores que consiste en que no son, descubrió a mediados del siglo pasado el filósofo alemán Lotze la palabra exacta, el término exacto: **los valores no son sino que valen**. Una cosa es valer y otra ser ". M. García Morente - J. Zaragüeta: **Introducción a la Filosofía**, Madrid, 1943, pag.365. La cita corresponde al tomo I del **System der Philosophie** de Lotze (1874).

Lotze., R.H. Filósofo y fisiólogo alemán. (1817- 1881). De inspiración leibniziana condiciona la mecánica de la ciencia natural a una concepción finalista del universo.Su obra influye en Windelband y en Rickert. Su principal obra será una **Historia de la estética en Alemania** (1868). Otras son: **Metafísica** (1841), **Lógica** (1843), **La idea de lo bello** (1846), **Principios de sicología fisiológica** (1852), y **Sistema de filosofía** (1874-1879), entre otras.

clásica (3), pasando por la forma de comprensión escolástica del mismo (4). Aunque la primera crítica se explicita afirmando que una forma de ser es valer (5), seguida por la contraofensiva que desde la perspectiva objetivista se hizo de los valores, inaugura un camino que va a ser fructífero. La filosofía de los valores va a tomar lo esencial del objetivismo y desde este punto de vista aunará su visión dogmática sobre las esencias con la de la escolástica(6). Desde la denominada filosofía de los valores se desarrolla la idea de una objetividad con validez en el ser ideal; desde la fenomenología husserliana se parte a la vez de que las categorías son objetos ideales . La vida racional era la necesaria para reconocer estas afirmaciones que dotaban a los valores de esencias materiales.

(3). Grzegorzczuk, C. **La théorie générale des valeurs et le droit** . Librairie générale de droit et de jurisprudence. París 1982. Pag. 6 y 11

(4)Gilson, **L'esprit de la philosophie médiévale**. Vrin. París,1979. Versión Castellana Rialp. Madrid. 1981 Cap. III y IV.

(5) Méndez de Smith.**Las ideologías y el Derecho** .Astrea. Buenos Aires, 1982. pag. 46.

(6) Rodríguez Paniagua,**La ética de los valores como ética jurídica** . Universidad Complutense.Facultad de Derecho. Madrid 1972. Capítulo I, II y III.

Sin embargo desde la objetividad material de la filosofía de los valores, o desde la afirmación de Lotze se estaba preparando no solo un objeto , el "valor", sino también una ciencia, la axiología o estimativa para su colisión con el mundo jurídico.

Tradicionalmente se concibe la unión entre ser y valor; así Platón identifica "el ser verdadero " con el " valor ". El *ens et bonum convertuntur* escolástico continúa en la línea de la asimilación. Sobre el concepto del valer y del ser preexiste a las teorías de los valores y a la contemporánea "axiología" toda una cultura antiquísima que identifica el valor con "juicios de valor" y después de Kant advertimos que confundidos con éstos, también "juicios de existencia". Ello lleva a Ferrater Mora a declarar que la equiparación del ser con el valor "no es todavía una teoría de los valores"(7) y sitúa sin embargo a Nietzsche como precedente de la

(7) El sentido filosófico utilizado en modo general, que arranca de un sentido moral y que se asienta en la "teoría de los valores" provoca el comentario de Ferrater Mora: " Característico de esta teoría es que no solamente se usa el concepto de valor, sino que se procede a reflexionar sobre el mismo, es decir, se procede a determinar la naturaleza y el carácter del valor y de los llamados juicios de valor. Ello distingue la teoría de los

teoría de los valores, como uno de sus orígenes ; a la vez radica la existencia del valor en la necesidad de que existan actos realizados por preferencias y en ello vislumbramos un argumento aliado a la postura de Lotze. Si Ferrater (8) vincula al antecedente de la teoría de los valores la cualidad del valor ajustado al preferir y preterir podemos abrir paso a una axiología hacia la vía jurídica con más facilidad que desde posturas absolutistas y objetivistas.(9)

Ya las dos escuelas que desarrollaban el neokantismo , la escuela de Marburgo y la de Baden reconstruían el pensamiento kantiano desde perspectivas diferentes. Desde nuestra óptica tiene

valores de un sistema cualquiera de juicios de valor. (...) Muy común fue en ciertas doctrinas filosóficas antiguas equiparar "el ser" con "el valor" y, más especialmente "el ser verdadero" con "el valor". **Diccionario de Filosofía**. Alianza Editorial. Madrid, 1ª ed. 1979. Tomo IV. Pag.3373.

(8)Ferrater. Obra citada. Pag. 3375.

(9) Ver en este sentido el comentario de Antonio Pérez- Luño .**Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Técnos. Madrid, 1984. Pag.134 y ss. También Luciano Parejo. **Constitución y valores del Ordenamiento**. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.Pag.45 y ss. Rodríguez Paniagua, J.M. **Historia del pensamiento jurídico** . Universidad Complutense. Tomo II. Siglos XIX y XX. Madrid, 1988. Pag.489 y ss. Christophe Grzegorzczuk. **La théorie générale des valeurs et le droit**. Obra citada, pag.49 y ss.

especial relevancia la segunda, la escuela sudoccidental alemana, representada por Windelband y por Rickert . Desde la filosofía del Derecho las principales aportaciones fueron de Mayer, Radbruch y de Lask. Radbruch relaciona a través del fin en el Derecho toda una aproximación a los valores, en concreto , a través de la idea de justicia (10) .

(10) El tratamiento de los valores se arraiga en los autores de esta corriente,, con la especial vinculación con la cultura y el Derecho. En Radbruch aparece además de la vinculación con la realidad - que sirve en su **Grundzüge der Rechtsphilosophie** de introducción y explicación al resto del volumen -**Realidad y valor**, en la ed. castellana abajo citada, pag. 7 y ss.) sino como núcleo subyacente en numerosos capítulos, con un trasfondo que delata, explícitamente, la influencia de Lask. Al referirse , por ejemplo a los fines en el Derecho hace descender los "valores supremos" -la tradicional trinidad , el ético, el lógico, y el estético, los ideales de lo Bueno, lo Verdadero, y de lo Bello - hasta el Derecho y su vinculación con la voluntad del Estado. "Pues ya que el Derecho, en su parte esencial , es voluntad del Estado y el Estado, en su parte esencial, institución jurídica, los problemas de los fines del Estado y del Derecho son inseparables. Cuando se plantea el problema de los fines del derecho no se pregunta por las finalidades empíricas que puedan haberle originado, sino por la idea de fin, supraempírica, que ha de ser la pauta del Derecho. La respuesta a tal problema sólo puede obtenerse por la convicción que se tenga de cual sea el valor de lo justo - a cuyo servicio esté el derecho destinado y adecuado." Radbruch, G. **Grundzüge der Rechtsphilosophie**. 1ª ed.1914. Versión castellana: **Filosofía del Derecho**. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1959. Pag.70 y 71. En las páginas siguientes declara la base de su concepción axiológica. Los tres pilares en torno a los *valores individuales, valores colectivos y valores de las obras o de trabajo*(Werkwerte). No se establecen como gradación sino que incluso entre los primeros y los últimos existe oposición por la perspectiva de su visión, la personalidad frente a la objetividad. Obra citada, pag. 72.

Ya antes Lask y posteriormente Mayer habían vinculado el Derecho a la cultura y a través de ésta y de la realidad inescindible la idea del valor, desde un neokantismo más puro el primero y desde la influencia hegeliana el segundo (11).

Desde las teorías relativistas se contesta a los fenomenólogos intuicionistas - Husserl, Scheler- y a constructores de esencias ideales de tipo metafísico - Hartmann -. Históricamente se prepara así la base del bagaje filosófico que propicia el contraste. Por un lado ya Meinong incorporando a Brentano, había instalado los valores en la conciencia. El desarrollo de algunas tesis, enmarcadas bajo el amplio calificativo del no-conoscitivismo, rechazaron la posibilidad de entender como verdaderos o falsos juicios de valor que no eran objetivamente concebidos y que no pertenecían al mundo del ser. Dentro de ellas algunos autores llevaron los valores hasta extremos de pura emoción individual - Carnap, Stevenson o

(11)Mayer, M. *E.Rechtsphilosophie*. 1ª Ed. 1923. Versión castellana de Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Labor. Barcelona 1937.

Ayer -. El emotivismo deriva en su posición respecto de los valores, en las tesis de la denominada Escuela de Uppsala - Hägerström, Vilhelm Lundstedt y Olivecrona. Las consecuencias jurídicas vienen en su mayor parte a través de la estimativa o axiología jurídica y la Teoría de la justicia encontrará en estas fuentes para elementos valiosos para comprender la asimilación de la formulación contemporánea de la introducción de determinadas concepciones éticas en el Ordenamiento jurídico y sobre todo, a través de que vía se proponen las inclusiones y omisiones. Así Pérez Luño :

" Como variantes del no cognoscitivismo pueden considerarse las distintas actitudes relativistas respecto a los valores éticos y jurídico-políticos. Es sabido, por ejemplo que para Max Weber resulta ingenua la creencia en principios básicos de las ciencias sociales de los que pudieran derivarse, inequívocamente , reglas para la solución de casos prácticos. No existe ningún presupuesto científico (racional o empírico) que permita fundar una decisión sobre los valores. De ello se deriva que en cada situación

en la que hay que elegir entre valores opuestos se parte de que , en principio, todos son igualmente legítimos, porque ninguno de ellos es más verdadero o está racionalmente más justificado que el otro "(12). Esta actitud está en la base de la construcción que Schmitt toma formalmente respecto a la posición conectada directamente con lo anterior de Kelsen y que tratamos en el segundo capítulo de este trabajo.

Después de estos antecedentes la vinculación jurídico-ética de los emotivistas tiene en el *realismo escandinavo* un claro desarrollo. (13) Es el destacado caso de Alf Ross .

II.- Paralelamente a los primeros antecedentes filosóficos de la estimativa que en su recorrido contemporáneo registra

(12). Pérez Luño, A. Obra citada, pag.134. En la última afirmación se refiere este autor a la obra de Weber, **Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre**, Mohr. Tubinga, 4ª ed. 1973, pag. 6 y ss. y 260 y ss.

(13) Ver Hierro,L. **El realismo jurídico escandinavo**. Fernando Torres, Valencia, 1981.

relaciones con la lógica pura mientras el idealismo regía sus bases, debemos observar que se va configurando esta ciencia poco a poco desde el estudio de los fines. El fin será consustancial a la naturaleza del valor y por ello se traslada a la ciencia axiológica y a su metodología. Si bien estudiaremos elementos como la finalidad como sinónimo de la voluntad - desde la perspectiva jurídica -, otros elementos que también están vinculados históricamente a la idea de fin quedan fuera de nuestro análisis. Por ejemplo el concepto de utilidad, como tal que desvía nuestra atención a parcelas del intercambio económico, y a ciencias que lo estudian. Si bien es cierto que desde la filosofía política trabajaremos para estudiar la vinculación entre los elementos axiológico-jurídicos respecto a la aportación de Bentham y los utilitaristas, ciertas perspectivas de orden económico al que la historia del pensamiento dedica no pocas páginas quedan fuera del objeto central de esta tesis doctoral. Sin embargo, en ocasiones aparecen entrelazadas ambas perspectivas desde la visión aristotélica. Así Ihering hace expresa referencia al valor como sinónimo de precio de una cosa a través de su compren-

sión de la *finalidad*: "El fin económico de las cosas no es más que la apreciación subjetiva de su utilidad , ya sea que exista por sí misma o que haya sido creada por el trabajo humano " (14). Pero prosigue con una opción que deja abierta alguna de las consideraciones que sobre la apreciación de la finalidad en el valor va a ser constantes, primero en el relativismo, el idealismo y en ciertas corrientes incorporadas al Ordenamiento jurídico moderno :

" La utilidad , la capacidad , la oportunidad, el destino, el fin de la cosa, cualquiera que sea el nombre que nos plazca darle , se deriva de la operación que con anterioridad hemos analizado , al examinar la finalidad en el animal: el establecimiento de una relación de finalidad no concreta sino abstracta, concebida según un juicio absoluto, independiente del caso particular" (15).

La solución de continuidad entre el valor puramente económico, que es la base desde de la que incorpora el relativismo que subyace y la necesidades de ordenación social e intercambio,

(14) Ihering, R. *El fin en el Derecho*. Heliasta. Buenos Aires 1978. pag. 39.

(15) Ihering, R. Obra citada , pag.39.

también pasa por la valoración del Derecho y de la existencia del hombre en sociedad con sus matices. "Ya se sabe que la noción de valor es relativa , indica el grado de utilidad de una cosa para uno y otro fin. Esta noción, aplicada a la vida humana, se traduce así: ¿ Dónde está el beneficio realizado por la sociedad. El valor de toda existencia se encuentra allí, a la vista de toda la sociedad". (16)

(16)" Ihering, R.Obra citada , pag.44. En el mismo sentido: "Los fines de las *cosas* son los fines del *individuo*, perseguidos por éste por medio de esas cosas. La insensible dilatación del horizonte de la finalidad del hombre, se traduce históricamente por el acrecentamiento de la utilidad económica de las cosas." Obra citada , pag. 39.

El texto que da pie a esta segunda nota, y que aparece como se indica al comienzo en la pag.44 de la obra citada, se refiere en concreto al *nombre* del individuo, vinculado a su derecho al honor. Junto a él, una larga lista de instituciones de Derecho privado que acompañan continuamente a las explicaciones de Ihering para componer la finalidad e indirectamente el valor en el Derecho responde a la creencia de que el Derecho privado tiene una fundamental tarea como defensor de los valores juridico-políticos del Derecho. Así su gran obra **La lucha por el Derecho** afirma: "Los que defienden el derecho privado, son los únicos que pueden luchar por el derecho público y por el derecho de gentes, los que desplegarán en esa lucha las cualidades tan probadas en la otra, y esas cualidades decidirán la cuestión. Puede, pues, afirmarse que en el derecho público y en el de gentes vienen a recogerse los frutos cuya semilla se ha sembrado y cultivado por la nación en el derecho privado. En las profundidades de ese derecho, en los más pequeños detalles de la vida, es donde debe formarse lentamente la fuerza que atesora ese capital moral que el Estado necesita para poder realizar su fin. La verdadera escuela de la educación política no es para un pueblo el derecho público, sino el derecho privado, y si se quiere saber cómo una nación defenderá en un caso dado sus derechos políticos y su rango internacional, basta saber cómo el individuo defiende su derecho personal en la vida privada". **La lucha por el Derecho**. Versión castellana de Adolfo Posada y Biesca con prólogo de Leopoldo Alas.^{1ª} Edición Madrid, 1881. Editorial Porrúa, México que reproduce edición facsímil en 1982. Pag.90 y 91.

La inmediata consecuencia jurídica se sitúa en el *valor ideal del Derecho* : "Para la afirmación de la cosa su valor económico es , por lo tanto, el punto capital. Pero no lo es así para la afirmación del *derecho* a la cosa. *Puede* serlo, pero no *debe* serlo. La lucha por el derecho a la cosa puede, en efecto, presentarse de tal suerte, que interese igualmente a la persona. Ya no se trata entonces de la cosa; es la persona quien se pone en juego. Parte de la afirmación de si misma como sujeto de derecho. El elemento económico se desvanece, como desaparece en el caso de lesión de un derecho que se refiere directamente a la persona: el atentado al honor." (17).

El mismo nominalismo que podía entorpecer el seguimiento del valor jurídico desde sus orígenes también nos lleva a cuidar los demás conceptos afines que aparecen en la historia con esferas de contenido, sino superpuestas y tangentes al del valor.

(17).Ihering, R.Obra citada , pag.41.



Así, el término " principio " descubre todo un marco de pensamiento que es conveniente analizar, sobre todo lo es en lo concerniente a una de sus acepciones: la que describe " el carácter de cierta proporción que da razón de "(18). Con ello no desconocemos el origen presocrático que define el " principio como " aquello de lo cual derivan todas las demás cosas " que desde el ángulo jurídico y desde el Ordenamiento llenará un espacio histórico. Debemos tener en cuenta que estos dos sentidos del término " principio " obedecen a lo que después se conoce como principio del " conocer " y principio del " ser " respectivamente. Y ambos tienen como fondo la raíz aristotélica en el " ser " y la raíz cartesiana en el " conocer ".

Este debate que se alarga hasta el contraste entre el realismo y el idealismo en tanto que se haga hincapié en el ser o en el conocer tiene como fondo el concepto de racionalidad que es clave en el tema de los valores. Cuando descendemos de la abs-

(18) Ferrater Mora. Obra citada, Tomo III pag. 2690.

tracción a lo que históricamente se considera como valores y en concreto en la civilización occidental, observamos como la definición de " justicia " de " libertad ", de " igualdad " están confiadas a la mediación de lo " racional " y a su más adecuado uso según la doctrina o autor que la expone.

Puede aparecer como constante en el tratamiento del tema con un ir y venir desde los contenidos axiológicos de cada valor tratado como elemento formal o material de un sistema o de un Ordenamiento jurídico específico hacia un sustrato de racionalidad. Entraremos en el estudio de esta racionalidad en cada valor concreto sin prejuicio de que observemos - como ya lo hacemos desde estas primeras páginas - que su acotamiento es primordial por estar en la base de todo tratamiento moderno de la estimativa jurídica, que supera tanto el iusnaturalismo que confunde la validez con la justicia como el formalismo ético que identifica la justicia con la voluntad del poder.

Retomando la necesidad de vincular la posición filosófica que precede a la axiología jurídica, diremos que los antecedentes pueden ser calificados en primer lugar por su objeto. Son tres , en una primera visión. En primer lugar los que han considerado que el valor no es más que el fruto de la reflexión sobre el " ser ", entendido desde una perspectiva objetivista. Platón es un antecedente que conecta con la identificación que la escolástica hace de los términos " valor ", "bien " y " fin ".

Rodríguez Paniagua recoge una distinción en el término " axiología ", bajo el prisma de dos acepciones, una amplia y otra restringida. En la acepción amplia afirma : "puede decirse que los términos " valor ", " bien " y " fin " son sinónimos e incluso equivalentes . La filosofía escolástica avalaría este modo de entenderlos. Porque, por un lado, se niega a admitir la distinción entre bien y valor alegando que la noción de bien es transcendental y , por lo tanto, conviene también a los valores -éstos no son más que bienes; y, por otro lado, para la Escolástica, el fin no es más

que el bien en cuanto objeto, o término de una tendencia : " bonum habet rationem finis "(el bien tiene sentido de finalidad) dice uno de los aforismos escolásticos" (19). Incluso los tres sentidos pueden sintetizarse en un último valor, ya sea el de la justicia, como último bien o finalidad al que debe tender el Derecho, ya la seguridad o la utilidad colectiva "Salus populi suprema lex esto" (20). El sentido amplio se refiere al estudio del ser que aparece en la naturaleza y a sus relaciones entre sí cuando nos referimos a las relaciones humanas. En tanto que imperativo que debe tener en cuenta el Derecho dejaría de ser propiamente una axiología jurídica par ser sencillamente la expresión de un derecho natural. Sin embargo no es tan exacto que tal y como afirma Rodríguez Paniagua la axiología jurídica en el sentido amplio sea una vertiente interna del derecho natural (21). Si así fuera la concepción restringida, en la que se diferencia radicalmente el ser del deber ser, el ser del valor, no

(19) Rodríguez Paniagua.¿Derecho natural o axiología jurídica?.Técno. Madrid 1981. pag.12

(20) Rodríguez Paniagua, J.M. Obra citada , pag.13.

(21)Rodríguez Paniagua, J.M. Obra citada , pag.14.

sería una concreción de la anterior sino una explicación contradictoria. : "Entiende (la axiología entendida en sentido estricto) que los valores, si bien les corresponde una determinada clase de ser, la del ser ideal, son independientes de la de la otra clase de ser, con la que a veces se identifica todo el ser, la del ser real o de existencia" (22)

En el sentido restringido la axiología formula un deber ser hacia el Derecho, y parte de la base de una diferenciación entre el orden del ser y del deber ser

La filosofía de los valores conecta en su construcción de los objetos reales con la idea escolástica, aunque desde una óptica diametralmente opuesta. Baste apuntar en este apartado su proximidad, en cuanto al objeto, si bien es cierto que el resto de las

(22)Rodríguez Paniagua, J.M. Obra citada , pag.14.

identificaciones no se producen en el movimiento filosófico que parte de la fenomenología de Husserl.

En segundo lugar los frutos del Aristotelismo - que entiende el valor como precio de una cosa - serán progresivamente expuestos en función de las conexiones con la justicia, el poder y el juicio social. Así el elemento económico se completa con un sentido político y moral según la apreciación social (23). Será elaborado por el estoicismo y por el epicureísmo, conectará con el idealismo que tiene en el conocer, bajo la herencia de Descartes, el punto de apoyo de reconocimiento y determinación del valor. Hemos de tener en cuenta, que frente a la comprensión determinada que en este

(23) En este sentido Hobbes. *Leviatán*. Editora Nacional. Madrid, 1980, Pag. 190/91. "La valía o el valor de un hombre es, como en todas las demás cosas, su precio; es decir, lo que se ofrecería por el uso de su poder". Y, en consecuencia, no es absoluta sino algo dependiente de la necesidad y el juicio de otro. Un capacitado conductor de soldados tiene un gran precio en tiempos de guerra presente o inminente, pero no tanto en tiempos de paz. Un juez instruido e incorruptible posee mucho valor en tiempos de paz, pero no tanto en tiempos de guerra. Y como acontece en otras cosas, para los hombres lo que determina el precio no es quien vende sino quien compra. Dejemos a un hombre valorarse del modo más alto posible (como la mayoría hace); no por ello su verdadero valor dejará de ser el estimado por otros".

trabajo se pretende hacer de la óptica jurídica de los "valores" no podemos olvidar por debajo de las diferentes formas que diversas teorías han delineado históricamente para la axiología, los valores, jurídicos o no, son expresión de una comprensión de un dato de la realidad. Esta comprensión no es objetiva sino que forma paralelamente un juicio sobre dicha realidad. Comprensión y juicio van intrínsecamente unidos de manera que, cuando un determinado sistema social asume una realidad a la vez que la interpreta, la enjuicia y del juicio nace el "valor". El valor, en algunas de las más autorizadas exposiciones teóricas sobre la materia, aparece vinculado a su propia jerarquización, incluso como rasgo esencial de su definición (24).

Entre ambos queda el debate y el intercambio de expe-

(24) Así Recasens en **Tratado de Filosofía del Derecho**. Porrúa, México, 1983 (1ª Ed. 1959). Pag. 59 y ss y en **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa, y lógica razonable**. Fondo de Cultura Económica. Universidad Autónoma de México, 1971. También Ortega y Gasset en **¿Qué son los valores?**. (Introducción a una estimativa) Obras Completas, Alianza Editorial, Tomo 6, Pag. 315 y ss.

riencia. En gran medida el elemento original y primigenio de la concepción de la realidad se atomiza en los hechos o en el hecho. Su enfoque, vinculado a la representación de la misma realidad da la pauta de los posteriores enfoques. Así Wittgenstein comienza su obra capital con la circunscripción del lenguaje al mundo y reconoce éste delimitado por los hechos: " El mundo es la totalidad de los hechos, no de las cosas" , o " el mundo viene determinado por los hechos, y por ser éstos *todos* los hechos (25).

El *hecho* de Wittgenstein es un hecho circunscrito al mundo lógico (26) . En este contexto el valor tal y como lo entendemos se desdobra. El hecho, átomo de la experiencia obtiene

(25) Wittgenstein, L. **Tractatus Logico - philosophicus** . Annalen der Naturphilosophie.n.14. 1921. Casi simultánea es la versión inglesa en Kegan Paul. Londres, 1922, con introducción de Bertrand Russell, que se traduce para la edición original alemana. Versión castellana: **Tractatus logico-philosophicus**. a cargo de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera. Alianza Editorial.1987 (1ª edición 1975). Propositiones 1.1 y 1.11. respectivamente. (La cursiva *todos* en el original, *allen*). La proposición 1.12 enfatiza: " Porque la totalidad de los hechos determina lo que es el caso y también todo cuanto no es el caso", proposición que es entendida a la luz de las dos siguientes: " El mundo se descompone en hechos (1.2)", y "Lo que es el caso, el hecho, es el darse efectivo de estados de cosas" (2).

(26) Wittgenstein, L.Obra citada, Proposición 1.13: " Los hechos en el espacio lógico son el mundo".

un reconocimiento interno en la lógica y un reconocimiento externo desde la concepción del mundo: " Todas las proposiciones valen lo mismo" (27) y " El sentido del mundo tiene que residir fuera de él. En el mundo todo es como es y todo sucede como sucede: en *él* no hay valor alguno, y si lo hubiera carecería de valor" (28). Se produce dicho desdoblamiento que desde la perspectiva ajena al valor mantienen unidos mundo y hecho en las primeras proposiciones de la obra. Por tanto la experiencia es una experiencia lógica y existe un punto de vista interno que hace subsistir una identificación que desaparece cuando entra a considerar el valor. Desde un punto de vista externo, la negación de este punto de vista anula la posibilidad de la existencia de proposiciones éticas por cuanto se vincula aun sistema ajeno al discurso analítico. La ética no resulta expresable y pertenece al ámbito de lo trascenden. "Si hay un valor que tenga valor ha de residir fuera de todo suceder y ser-así. Porque todo suceder y ser-así son casuales. Lo que los hace no-casuales no

(27) Wittgenstein, L.Obra citada. Proposición 6.4.

(28) Wittgenstein, L.Obra citada. (Cursiva en el original, *in*). Proposición 6.41.

puede residir en el mundo; porque, de lo contrario, sería casual a su vez. Ha de residir fuera del mundo (29) ; " Por eso tampoco puede haber proposiciones éticas. Las proposiciones no pueden expresar nada más alto" (30).

De esta manera se reconoce una axiología que no es relevante para el análisis de los hechos vinculados al mundo y su análisis lógico, pero posiblemente esos hechos no aparecen "puros". Villey al interpretar a Grzegorzczuk resumiendo el punto de arranque de su **Théorie Générale des valeurs et le Droit**, traduce el hecho " que llega ", como un hecho que " nos " llega , teniendo en cuenta que el valor es en primer lugar un hecho.(31). En esta segunda

(29)Wittgenstein.L.Obra citada. (Cursiva en el original *in*). Proposición 6.41.

(30)Wittgenstein. Obra citada. Proposición 6.42.

(31) La valeur, dit-il, est d'abord un "fait"; le fait "ce qui arrive"- (s'il convient ainsi de traduir la maxime de Wittgenstein). Au vrai, j'ai peine à concevoir que "la valeur" -même constitue un fait; mais sont des faits assurément, et qui "nous arrivent", ces "sensations de valeur" ou "réflexes axiologiques" perçus par l'expérience interne de l'individu, et qui le renverront à des "faits sociaux"; significations attachées par le groupe à certaines paroles ou conduites, modèles de comportement, règles qu'il impose aux particuliers... C'est au sein de la société que la valeur accèderait à l'objectivité de l'être - un premier degré d'objectivité: la connaissance n'est pas le fait que

reflexión se conduce el puro hecho desde la superación de la incomunicación con la ética, hasta partir de las sensaciones de valor, identificación del valor como sustrato de relaciones que dan lugar a los hechos sociales, sus reflexiones axiológicas, y que a la luz de experiencia jurídica han estudiado autores como Recasens (32)

Un tercer punto de vista podría centrar su objeto en el valor como relación. Méndez de Smith recoge a Heyde como autor que defiende la noción de valor como relación y no como esencia. " Puesto que en la realidad no existen " valores en sí ", sino "valores para alguien ", es evidente que el valor funciona en esa realidad como una relación entre un objeto de valor y un objeto valorante ". Y añade : " El valor tiene pues como caracteres

d'individus solitaires, mais d'individus vivant avec d'autres, et dialogant avec les autres, dépendant des autres, et nos opinions sont surtout produit collectif...Villey, M. en el Prefacio a la obra de Grzegorzczuk, **La théorie générale des valeurs et le droit** . Librairie générale de droit et de jurisprudence. París 1982. Pag. 8 y s.

(32) Recasens Siches.**Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa, y lógica razonable**. Fondo de Cultura Económica U.N.A.M. 1971.

fundamentales los de subjetividad y relatividad. Pero puede hablarse de " valores absolutos " cuando éstos son considerados independientemente de toda particularidad individual de los sujetos, sin prejuicio de que el carácter fundamental relativo de tales valores siga prevaleciendo inmutable en cuanto todo valor no es más que una relación con un sujeto" (33).

La conciliación de las dos primeras visiones con esta tercera vía la encuentra Stern (34) según Méndez de Smith:" Aún cuando Heyde desemboca en un intelectualismo axiológico, su mérito reside, como bien lo señala Stern, en haber podido brindar una base de objetividad de los valores sin verse obligado a sacrificar el carácter relativo de los mismos ". (35)

(33) Méndez de Smith. Obra citada, pag. 50.

(34) Stern, **La philosophie des valeurs**. Curso impartido en la Universidad de la Sorbona de París .Versión castellana de Humberto Piñera Llera: **La filosofía de los valores**. Minerva.México, 1944. Cap. IV.

(35) Méndez de Smith. Obra citada, pag. 51.

Cuando intentamos recoger en la axiología jurídica una vía abierta desde el campo de la filosofía " pura " - por denominarlo de alguna forma - no lo hacemos por ningún atavismo de carácter académico, sino por una razón fundamental. Consiste en comprender que aunque nos aproximemos al valor desde el ámbito jurídico estudiando exclusivamente este carácter, no dudamos que la amplitud con la que se estudien los valores en una cultura occidental requiere una delimitación previa tanto positiva como negativa. Es decir, no basta con afirmar lo que entendemos por " valor " desde la óptica jurídica sino que, debemos explicitar, lo que no es para la misma, en tanto no quede especificado en la tarea de delimitación positiva. Si tenemos en cuenta que este trabajo parte del análisis desde la filosofía jurídica, y no de un seguimiento de Derecho Constitucional, comprendemos que es necesario partir de una " base filosófica apropiada " (36). Con ello no afirmamos que sólo

(36) Wróblewski - en su **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica** (Civitas , Madrid 1985, pag. 21 y 22.), dentro de lo que denomina la interpretación " sensu largissimo " - comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural - estima que : " atribuimos algún valor (sentido, significado) al substrato material interpretándolo como resultado de la actividad del hombre. Y ésta es una " interpretación cultural " utilizada en las

haya una vía para explicar que entendemos por valor como tampoco existe una vía para su fundamentación. Tampoco queremos decir que cuando una norma como el artículo 1.1 de la Constitución española de 1978 utiliza este término *valor*, está asumiendo un sentido filosófico puro del mismo. Tan sólo debemos dejar claro que es imprescindible un análisis que supere el mero seguimiento de un código o de unas posturas doctrinales para encontrar una línea coherente que entienda el fenómeno de " valor ". Para ello debe producirse una interpretación entre el pensamiento filosófico, la filosofía jurídica, los textos y aproximaciones de Derecho positivo y el desarrollo jurisprudencial desde el Tribunal Constitucional en nuestro país y órganos jurisdiccionales similares en el Derecho comparado hasta el resto de la jerarquía judicial.

Fuller recoge la cita de Powell : " Thomas Reed Powell used to say that if you can think about something that is

ciencias humanas y que requiere una base filosófica apropiada ".

related to something else without thinking about the thing to which is related, then you have the legal mind "(37). Fuller utiliza la cita anterior para refutar el extremo inadecuado de Powell en el examen que este autor se había propuesto de la moralidad que contiene el Derecho.

El tenor del aserto de Powell y la refutación que representa el volumen de Fuller son los dos faros entre los que debe arribar la empresa de delimitar la forma y el posible contenido del " valor " si queremos llegar a buen puerto. Comprendemos que esta filosofía si se halla ya construida debe rechazar el análisis miope citado -" legal mind "- incapaz de abstraer su estudio de la tinta que

(37) Fuller .**The morality of Law**. Yale University Press, New Haven and London , 1963.Versión castellana **La moral del Derecho**,Trillas,México 1967.El planteamiento de Fuller expresa una corriente del pensamiento jurídico moderno que se inicia con Grocio cuando en los **Prolegómenos del Derecho de la Guerra y de la Paz** dice en el n° LX : "Como los matemáticos al examinar las figuras geométricas hacen abstracción de cuerpos que modifican, yo también al explicar el Derecho he desviado mi pensamiento de la consideración de todo hecho particular". **De iure belli ac pacis**. 1625 . Versión castellana: Jaime Torrubiano Ripoll .**El Derecho de la Guerra y de la paz**.Ed.Reus.Madrid,1925. pag.35. Existe una selección de textos de esta obra a cargo de Primitivo Mariño Gómez. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1987.

recorre las páginas de los textos de Derecho positivo. Si se halla ya construida esta filosofía debe igualmente rechazar la contraofensiva de planteamientos como el de Fuller que se olvidan de esos mismos códigos para hacer sinónimos el Derecho y su derecho particularmente entendido según las claves de moralidad que algunos autores han querido determinar con carácter de eternidad. Si no está construida debemos salvar los elementos que nos permiten adentrarnos en un pensamiento que combine la reflexión ética racional con el respeto por el tenor del Derecho positivo. En este aspecto la idea desarrollada por Peces-Barba (38), en la distinción entre moralidad crítica y moralidad legalizada puede ser un punto de referencia adecuado para esta búsqueda.

(38) Peces - Barba . **Los valores superiores** .Técno. Madrid, 1984. pag. 14 y desarrollo posterior en el volumen. En este sentido ver Höffe. **Estudios sobre teoría del derecho y la justicia** . Alfa, Barcelona.1988, pag.6. Diferenciación vinculada a la anterior , a través de los conceptos de *moralidad convencional* y *moralidad crítica*.

II. LA DENOMINADA "FILOSOFIA DE LOS VALORES".

En un trabajo sobre los valores jurídicos debemos intentar plantear la situación jurídica en un marco general de carácter cultural. La dimensión extrajurídica que la terminología valorativa lleva consigo nos impide hacer un tratamiento exclusivamente desde el punto de vista del Derecho. Por lo menos desde una óptica jurídica cuya reflexión ética y moral no identifique validez con justicia. Por otro lado el orbe estrictamente jurídico no vive aislado del resto de los fenómenos sociales. Nace y se desarrolla en un contexto amplio y complejo. Esta complejización se reproduce en la visión jurídica quizá por el carácter sintético que tiene el Derecho frente a la actividad social. El problema se agrava frente a la propia

falta de acuerdo sobre lo que significa "Derecho ". Uno de los problemas capitales en la ciencia jurídica, recobra su vigor al tratar la axiología.

Antes de postular las necesidades, fines y peculiaridades que en torno a un Ordenamiento jurídico se debaten es preciso explicar qué Derecho y como es ese Derecho al que pretendemos dotar de una configuración axiológica. El universal desacuerdo en la misma definición de Derecho ha seguido tradicionalmente a un diferente forma de concebir la sociedad, sus relaciones y las necesidades que deben satisfacerse. Al margen de los estudios psicológicos, antropológicos y sociológicos, la teoría del Derecho no sólo ha pretendido dar una visión sobre lo que el Derecho es sino también ha ofrecido, frecuentemente, una particular opinión de lo que el Derecho aporta al resto de las relaciones sociales y morales. El Derecho es un elemento más en el conjunto de los elementos sociales, con una poderosa capacidad de aportación e influencia. En calidad de regulador de las relaciones intersubjetivas y por la

necesidad de juridificarlas se convierte en algo más que en mero componente. Es juez y parte del marco social. Por su especial configuración realiza aportaciones que influyen y se deja influir de una manera especial. La materia jurídica se convierte en sujeto activo del resto de las relaciones y a la vez es juez de las mismas. Por tanto es estudiado desde ópticas muy diversas. Desde el exterior como un fenómeno de gran incidencia social y desde su interior como un cuerpo de ideas, principios y directrices que se mueve con reglas propias. La gran dificultad de un acuerdo común en definir las reglas que analizan las reglas del mundo jurídico proviene de que, en primer lugar, la propia materia regulada no es algo lo suficientemente objetivo como para lograr un asentimiento unánime. El problema trata de la propia definición de lo que es Derecho.

Cuando la Teoría del Derecho se enfrenta a la necesidad de definir el Derecho ya cuenta con una idea básica. El Derecho es un instrumento que pretende regular relaciones humanas y además cada corriente que se enfrente al problema tiene definidos los fines

prioritarios y secundarios del instrumento jurídico. En gran manera, la divergencia sobre la definición del Derecho pasa por la falta de acuerdo sobre los fines y objetivos que el Derecho debe satisfacer. No sólo en la identificación de los fines que reserva cada corriente para el Derecho sino para la propia configuración y estructura interna de la estructura normativa. Desde la formulación de la teoría de la escasez de Hume y de Locke, que Aristóteles y los sofistas ya utilizaron, hay una clara unanimidad en las doctrinas empiristas, utilitaristas, realistas o idealistas, de que es un elemento consustancial a la propia teoría, un adecuado tratamiento de la teoría de los fines. La primera consecuencia es una jerarquización de las prioridades que desemboca en un catálogo implícito o explícito de los fines. Su adecuación a unas características propias y una vez que se construye desde los postulados doctrinales la configuración de los fines exige una determinada definición de los que el Derecho es o al menos debe ser. Así, el Derecho es un instrumento que por su condición de medio que regula comportamientos y relaciones humanas no puede prescindir de los fines que esas relaciones inter-

subjetivas manifiestan continuamente. Cuando una determinada teoría jurídica arriesga una definición del Derecho está elevando al emblema del conjunto la particular forma de enumerar unos fines para un instrumento. Dotar al Derecho de unos fines es algo consustancial a la propia idea de lo jurídico y los fines no son sino la expresión más externa de la valoración. Los fines y su consustancial jerarquización no son más que la propuesta de traslación de la nebulosa del mundo de los valores al campo de lo fáctico. A través del juicio que se emite, no sólo proponemos las necesidades que deben ser satisfechas sino que además reconocemos un diagnóstico basado en una escala de valores previa. La jerarquización de valores es un elemento que asiste tan directamente a la concepción del problema como a la formulación de soluciones. El diagnóstico que la doctrina realiza de la realidad arranca de una determinada jerarquización que antepone unos fines a otros. Esta selección es el substrato de la axiología jurídica.

Cuando Rodríguez Paniagua recoge dos sentidos del

término axiología comprende una gran extensión de interpretaciones que el termino valor ha ofrecido a lo largo de la historia. Aunque su ambigüedad como término aislado pueda ser muy grande y por tanto las interpretaciones extraordinariamente variadas en función de los variados contenidos y exclusiones que la axiología ha pretendido hacer, las interpretaciones que con más fortuna se han dado en la historia de las ideas pueden quedar recopiladas en estas dos acepciones citadas. Por un lado $\alpha\chi\iota\alpha$, desde la perspectiva de Aristóteles no era más que el valor o precio de una cosa. La valoración desde este sentido incide tanto en lo espiritual como en lo material pues la perspectiva que dota de valor a un objeto lo hace desde los condicionamientos y subjetivizaciones del entorno cultural y desde la perspectiva individual. Este sentido histórico arranca de la filosofía pero se desarrolla en los campos de la economía, de la física y en la química. Más adecuado a nuestro objetivo es el otro sentido al que presta su atención Rodríguez Paniagua. Un campo sobre todo más objetivo desde la explicación de la denominada "Filosofía de los valores. La escuela fenomenológica formada por

Husserl, ofrece una quizás última gran visión sobre lo que la filosofía pudo entender como el mundo de los valores. Scheler y Hartmann, como representantes más significativos de esta escuela desarrollan un tipo de interpretación axiológica que es algo más que una visión sobre el problema de los valores (39). En primer lugar porque no sólo significa una óptica parcial sobre los contenidos materiales sino que ofrecen la inclusión en el mundo filosófico y después jurídico de un término -valor- y un concepto que se hallaba secuestrado en otras disciplinas como la economía o la química. Si buscamos una paternidad para la actualización y para la

(39) Las obras principales de estos autores son:

Scheler, Max: **Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik**. Bern, 1ª Ed. 1913. Versión castellana de Hilario Rodríguez Sanz: **Ética. Nuevo ensayo de fundametación de un personalismo ético**. Revista de Occidente Argentina. Buenos Aires, 1941. **Vom Wesen der Philosophie**. Versión castellana de Elsa Tabering. **La esencia de la filosofía**. Nova. Buenos Aires. 1952. **Wesen und Formen der Sympathie**. 2ª Ed. 1923. Versión castellana de José Gaos. **El puesto del hombre en el cosmos**. Revista de Occidente de Argentina, Buenos Aires.

Hartmann, N. **Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis**, 1923. **Ethik**, 1926. **Das Problem des geistigen Seins**, 1933. Los volúmenes : **Zur Grundlegung der Ontologie** y **Möglichkeit und Wirklichkeit**, editados por Walter de Gruyter & Co. en 1934 y 1937 respectivamente aparecen en versión castellana de

José Gaos como obra conjunta en dos tomos bajo el título **Ontología**. El primer tomo **Fundamentos**, 1954, y el segundo **Posibilidad y efectividad** , 1956, en el Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires.

vuelta a la discusión filosófica del "valor" a finales del siglo pasado, debemos otorgarla aunque más o menos compartida a la "Filosofía de los valores". Los contenidos materiales de los valores es algo tan antiguo como el mismo razonamiento filosófico y los orígenes de las reflexiones sobre la axiología entroncan con las raíces de la existencia del Derecho. Sin embargo la discusión sobre el término "valor" en el umbral del siglo XX parte de unos presupuestos, concretamente de los de la fenomenología que si bien ha dejado entre sus prejuicios y nuestro pensamiento actual una distancia insalvable sitúa a la filosofía en unas coordenadas de las que el pensamiento filosófico y jurídicos son herederos. No hay ninguna incompatibilidad entre las diferentes visiones de la axiología.

La reflexión sobre la "esencia de los valores que realiza la escuela de la Filosofía de los valores exige antes y no sólo por motivos cronológicos, el reconocimiento de una opción subjetiva frente al dato de la realidad. El precio o valor de una cosa es una idea que subyace en todo momento como la respuesta de una

estructura social a las circunstancias circundantes. A la vez estos juicios que se formulan determinan la formación de la propia estructura social y la jerarquía la respuesta a las diferentes necesidades expuestas con una determinada prelación. La exposición de Aristóteles sobre el valor como sinónimo de precio de una cosa ha sido superada a fuerza de ser un criterio universal. Sólo en función de una reiterada vigencia puede ser criticado y aparentemente sustituido. Construcciones como la utilitarista toman como modelo esta exposición y justifican la anteposición del criterio de utilidad en función de un prejuicio social que apenas se discute. El problema no es tanto el modo de satisfacción de esas necesidades sino la propia identificación de las necesidades (40). Quizás por la propia con-

(40) Aquí aparecen en gran medida las respuestas en torno a pasadas jerarquizaciones de valores como respuesta, aunque veladamente como propuesta. la jerarquización de los valores es pieza fundamental de la teoría. Así Scheler, en su *Ética material*, responde a si los valores "están dados con anterioridad o posterioridad a los contenidos de las representaciones" Citada, pag.19, La afirmación de los valores dados con anterioridad configura toda una jerarquía que se impone al individuo, y por ende a la estructura social pese a que Scheler conforme los datos a "apriori" en diferentes fenómenos que afectan fundamentalmente al individuo. Ver Sección Quinta . Capítulo primero. **La ética material de los valores y el heudemonismo.** y su relación con la jerarquía de los "valores superiores e inferiores" de la Sección II, Cap. II, Pags. 12 9 y ss. y el desarrollo en función de sus depositarios. (Punto 4. Pag. 145 y ss.)

figuración del pensamiento filosófico nos inclinemos a preocuparnos más por el planteamiento adecuado del problema más que por la adecuada solución. Pero es importante que antes de apresurarnos a intentar resolver los múltiples problemas que giran en torno a la axiología jurídica nos aseguramos de que el problema está lo suficientemente acotado.

Mientras que las diferentes doctrinas iusfilosóficas se han esforzado en dotar de una determinada estimativa al mundo del Derecho y de concebir a través de determinados valores, la orientación ética de épocas extensas de la historia, el problema de la identificación de los valores ha quedado sin resolver. En primer lugar porque se ha partido de la base de que valores como la justicia o la libertad pueden ser definidos como si de un contrato concreto se tratase -por ejemplo una compraventa o arrendamiento-. Por otro lado, porque ante la frustración que supone la indefinición constante en la que quedan sumidos dichos valores, se ha optado por su progresivo acotamiento a través de la jurisprudencia y de la sucesiva

interpretación de las leyes. Cuando la definición de los valores no llega a un nivel de concreción la pragmática ha prescindido de elevar dicho nivel de definición y deja una caracterización cuanto menos lo suficientemente abierta, como para que queden los valores relegados a criterios de interpretación o a formar núcleos que afloran por ejemplo en lo que denomina el Derecho civil como "conceptos válvula", o vagas concreciones de determinados principios del ordenamiento jurídico.

Sin embargo el iusfilósofo a veces no ha sabido conjugar las dos exigencias que Larenz especifica para cada uno de los campos.

"La perspectiva que en esta materia arroja más luz es sin embargo otra. De acuerdo con una larga tradición de la filosofía occidental, la tarea de los filósofos consiste en buscar la "unidad" que subyace bajo la multiplicidad de las normas y de las decisiones, en buscar dónde está la razón última de la validez. La tarea del

jurista, en cambio, consiste en encontrar decisiones justas de casos concretos"(41).

Si se achaca a los juristas la indeterminación en las formulaciones que dependen de la concreción de valores como la justicia, no es sólo porque los valores de los que parten son enormemente indefinidos sino porque es posible que exista un defecto en el tratamiento, en virtud de unas exigencias a las que se someten dichos valores. La peculiar formación filosófica de los juristas obliga a destacar el tratamiento de los valores como un material paralelo al resto de los conceptos jurídicos. Y ello se deduce del apresurado tratamiento de los valores tomando como base la indeterminación de algo que aparece como "objetivamente" indefinido.

Toda norma jurídica debe aparecer claramente expresa-

(41)Larenz, K. *Richtiges Recht.Grundzüge einer Rechtsethik*. C. H. Beck, Munich. Versión castellana: *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Civitas. Madrid 1985. Pag. 19.

da y su tenor y alcance delimitado para reducir la posible ambigüedad del lenguaje y de los conceptos que en ella se utilizan. Esta exigencia a primera vista no es más que el tratamiento del lenguaje jurídico como una subespecie del conjunto de formas lingüísticas de comunicación fundamentalmente escritas, pero con las peculiaridades y especial referencia a su intrínseca relación como elementos de un sistema. Por otro lado la vaguedad y la indefinición de los conceptos que en el caso de los valores se agudiza, exige el estudio desde una perspectiva histórica y la incardinación de los términos en el conjunto del sistema del Derecho positivo.(42)

Como tales elementos entramos en las fórmulas que el capítulo siguiente recoge como fruto de la aplicación filosófico-jurídica a los intentos de sistematización de la norma jurídica y a

(42) De gran importancia es la aportación de Esser en la concepción de los principios en el Derecho. en su obra **Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts**. (J.C.B. Mohr. Tubinga 1956. Versión castellana de Eduardo Valentí Fiol. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado**. Bosch, Barcelona, 1961.) En donde es significativa su concepción de los principios para el descubrimiento del Derecho, entre la tecnicidad jurídica y la esencia de los principios. Pag. 137 y ss.

través de ella de los valores jurídicos como expresión de una moralidad juridificada. En una primera aproximación la expresión más adecuada a nuestro entender queda diseñada de manera original en el planteamiento leibniziano con correcciones que el iusnaturalismo racionalista no dejará de aportar.

La aportación de Leibniz, sintetizada en tres escuetos rasgos , forma la columna vertebral de la integración del Derecho y los valores : el descriptivismo, el *conceptualismo* y su *sistematis-mo* (43).

Tal y como entendemos los valores puede parecer que la amplitud de sus posibles contenidos hacen aún más difícil en el campo de la moral esta precisión. Si la pretensión es la de forjar unos valores que queden aptos para su desarrollo, no sólo en el campo de la moral, sino en el mundo jurídico, la dificultad puede

(43)Tarello,G. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Il Mulino. Bologna, 1988. Pag.46 y 47.

ser extrema. Sin embargo a pesar de la vocación de poder regir el mundo jurídico por unos determinados valores desde dentro del Ordenamiento jurídico, no todas las normas deben ser observadas desde el mismo prisma. La exigencia de concreción que proyectamos sobre determinado artículo de la ley de procedimiento administrativo no es la misma que la que requiere el artículo 1. 1 de la Constitución española. Y no lo es porque se trate de principios en este segundo caso y no de una norma jurídica "strictu sensu" sino porque las funciones de ambas normas jurídicas son diferentes.

Todo esto se deduce del apresurado tratamiento de los valores como algo "objetivamente" indefinido, y no como un concepto que pone en relación diferentes materias y elementos del sistema jurídico. Por tanto la renuncia a considerar los valores como un "concepto relacional", y el abandono prematuro de la estimativa jurídica al no responder ésta a un esquema objetivo para el que

nunca fueron concebidos, arroja al escepticismo a un elemento tan fecundo del Ordenamiento jurídico como son los valores jurídicos.

La herencia filosófica que ha llegado hasta nuestros días propone desde la axiología jurídica varios y numerosos antecedentes cuyos modelos han influido de maneras diversas en los diferentes Ordenamiento jurídicos. A través de la historia estos elementos axiológicos permanecen más o menos visibles, ocultos en no pocas ocasiones pero presentes siempre en cada sistema jurídico. No se trata de componentes aislados o marginales del entramado legal sino verdaderos motores o criterios de organización y de convivencia que latan en su estructura.

La historia de la estimativa jurídica ha sido tratada por numertosos autores. No vamos a repetir sus estudios ni sus rasgos peculiares en este trabajo. Sin embargo movimientos filosóficos como la denominada "Filosofía de los valores" representan un pasado inmediato en la reconstrucción de una estimativa jurídica

moderna. Nuestra atención radica en poner en contraste la última gran aportación, en materia filosófica de los valores, con la incorporación de los mismos al Ordenamiento jurídico en Occidente y en España en concreto.

III. ESTRUCTURA DE LA RELACION EN LA FILOSOFIA DE LOS VALORES.

I. Tan sólo una aproximación desde el nominalismo nos permite emparentar este movimiento filosófico con la realidad jurídica del Ordenamiento jurídico que a finales del siglo XX recoge los valores en Occidente, como parte de su bagaje jurídico . La especial atención a esta corriente de finales de siglo que nace de la fenomenología de Husserl es no tanto por la identificación de los valores sino por las formas de su identificación.

En el momento decisivo que se alumbra la filosofía de

los valores desarrollada por el pensamiento alemán, el psicologismo se discute a la vez que obtiene gran fuerza e influencia. Cuando Cristian Von Ehrenfels entiende "el valor como propiedad que tiene un objeto de ser deseable" (44), recoge el sentido del psicologismo en el que la tradición alemana va a preguntarse sobre los procesos de apreciación y de análisis de los mecanismos cognoscitivos y emotivos. Müller-Freinfels entiende en este proceso de apreciación y de puesta de valor (*Wertsetzung*) dos fases imprescindibles: "una relación de orden emocional del sujeto con el objeto. Segunda. La aprobación o reprobación de esta relación en un acto especial, es decir, la puesta de valor. (45)

La herencia kantiana que en esta materia se vincula a través del idealismo respecto a la configuración del valor retiene al

(44)Stern, *La filosofía de los valores*. Citada. Pag.30

(45)Stern,A.Obra citada, pag.30.Sobre la cita de Müller-Freinfels:*Grundzüge einer neuen Wertlehre*, en *Annalen der Philosophie*.Felix Meiner.Leipzig, 1919.Volumen 1.

sujeto y al objeto como elementos puros. (46) Incluso el objeto idealizado arrastra al sujeto a la indeterminación. Stern insiste , recogiendo las ideas de Müller-Freinfels (47) y de Vaihinger (48), que no puede llevarse a cabo la constatación de un sujeto normal, que este carece de realidad y que sólo representa una ficción más o menos útil.

La dificultad de la "puesta en valor", va tomando carácter psicologista con la perspectiva de la valoración que está estrechamente vinculada al sujeto mediante la cultura psicologista; además se añade la dificultad difícilmente salvable de poder aproximarse a dicho sujeto cognoscente cuando éste ha quedado reducido a una mera ficción. Cuando Stern se refiere a esta ficción lo hace desde el complejo de quién pretende aproximarse a una definición desde los presupuestos de la ciencia y ha comprendido

(46) Ver Georges Bénézé. *Valeur. (Essai d'une théorie générale)* Vrin. Paris, 1936. Pag. 16 y ss.

(47) Müller- Freinfels. Obra citada, Pag.32.

(48) Vaihinger, H. *Die philosophie des Als-Ob*. Berlín 1911.

previamente, y así lo desarrolla, que no es posible llegar a una formulación científica.(49)

Por un lado, el movimiento filosófico y científico que precede a la filosofía de los valores comienza a tomar para sí la terminología en torno al "valor". Los campos de la física, de la química habían asumido desde hacía tiempo este término desde una óptica diferente. Como atribución de unos datos determinados o como una "valencia" en el sistema periódico de los elementos químicos respectivamente. La economía también precede a esta atribución de la filosofía y del Derecho como recoge Villey (50). Sin embargo, cuando la filosofía pretende utilizar el bagaje que desde Aristóteles ha aportado la estimativa en el campo de la moral , de la ética y de la política, lo hace desde la perspectiva más

(49) Ver el contraste con un prototipo de la "Filosofías de los valores" como es Nicolai Hartmann al responder dentro de la sistemática a los planteamientos de su **Autoexposición sistemática. (Systematische Selbstdarstellung. 1955)** Versión castellana de Bernabé Navarro con Estudio Preliminar de Carlos Minguez. Tecnos. Madrid, 1989.Pag.25 y ss ó 41 y ss.

(50) Villey en el prefacio de la **Teoría General de los valores y el Derecho** de Grzegorzcyck.Obra citada, pág. 6.

incómoda para la recepción del concepto. La perspectiva psicologista, con un relativismo cognoscitivo que se había apoderado de la filosofía previa al movimiento fenomenológico, no era, quizá, el marco para el recibimiento idóneo en el campo jurídico filosófico. La "puesta de valor" que exigía el estímulo por una parte del sujeto y por otra la respuesta que "valoraba" como deseable o pernicioso, como bueno o malo, se mantenía en el esquema que daba lugar a la aparición "consciente" del valor.

El esquema que Müller-Freinfels propone para dar el nuevo enfoque a la axiología es mantener una estructura determinada en la percepción del valor que tiene como primera condición la relación emocional del sujeto con el objeto, y como segunda condición la aprobación o reprobación en un acto especial, la denominada "puesta de valor". Son las dos condiciones esenciales en la relación que exige Müller-Freinfels para que se de la apreciación.

En el mismo sentido se expresa Grzegorzcyk (51). La primera condición es un acto emotivo y la segunda un acto valorativo. Stern afirma que cuando ambas no coinciden o se produce una contradicción entre lo experimentado y lo que se valora hay un conflicto axiológico. Sin embargo es la primera toma de contacto con la realidad un momento de ausencia de valoración porque la reflexión que conlleva toda apreciación negativa o positiva señala el comienzo del acto o puesta de valor. Por tanto no habrá un conflicto axiológico sino tan sólo una disconformidad entre la forma personal o social de apreciar una realidad y lo que se experimenta generalmente, fruto de formas diversas de tradición.

Si el sujeto que valora es individual puede someter sus juicios de valor a las apreciaciones que de forma intersubjetiva condicionan al individuo influyendo y condicionando su propia "puesta de valor". Así la cultura, la educación, las diferentes adaptaciones al medio, o por último la coacción que afecta en gran

(51) Grzegorzcyk, G. Obra citada, pag. 141.

manera al campo jurídico.

Durkheim entiende que la sociedad es una suma de sus miembros (52). Rousseau, en términos políticos se pronuncia de igual manera, aunque el producto de sus voluntades genere conceptos distintos: "Se saca en consecuencia de lo que precede , que la voluntad general es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública; pero no se deduce de ello que las deliberaciones del pueblo tengan siempre la misma rectitud " (53). Más adelante distingue : "Frecuentemente surge una gran diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general: ésta sólo atiende al interés común, aquella al interés privado, siendo en resumen una suma de las voluntades particulares; pero suprimid de estas mismas volunta-

(52) Durkheim ,E.**Les Regles de la Methode Sociologique**. París. 1895. Pag.127.

(53) Rousseau,J.J. **Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique**, Amsterdam, 1762. Versión castellana: **El Contrato Social**. Porrúa. México, 1987.Libro II.Cap.II. Pag. 15. La diferenciación entre voluntad particular y voluntad general aparece vinculada a la doctrina de Rousseau y contiene un debate de la época. En este sentido ver en el libro de José Rubio Carracedo, **¿Democracia o representación?. Poder y Legitimidad en Rosusseau**. Prólogo de Javier Muguerza. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1990., el apartado 2. **Las reglas del Gobierno legítimo**. Pag.117 y ss.

des las más y las menos que se destruyen entre sí, y quedará por suma de las diferencias la voluntad general." (54). La voluntad general aparece como recta razón que instruye las decisiones particulares como directriz que puede verse violentada incluso por las decisiones unánimes. El carácter de la voluntad general es también respecto de los valores no sólo directriz y última instancia de la soberanía sino también límite. Respecto a la transición del estado natural al estado civil afirma : "El hombre pierde su libertad natural y el derecho ilimitado a todo cuanto desea y puede alcanzar , ganando en cambio la libertad civil y la propiedad de lo que posee. Para no equivocarse acerca de estas compensaciones , es preciso distinguir la libertad natural, que tiene por límites las fuerzas individuales de la libertad civil, circunscrita por la voluntad general; y la posesion..."(55).

(54)Rousseau, J.J. Obra citada, pag.16

(55) Rousseau, J.J. Obra citada, pag. 12. Sobre la libertad en Rousseau ver F. Javier Caballero Harriet. **Naturaleza y Derecho en Jean Jacques Rousseau**. Universidad del País Vasco. Bilbao 1986. Pag.133 y ss. En el mismo sentido Bernhard Groethuysen.**J.J. Rousseau**. Fondo de Cultura Económica. México. 1985. Pag.181 y ss.

El grupo humano, encuadra las relaciones a las que los valores se referiran con más intensidad en la dimensión jurídica de la axiología. Vienen vinculadas a las características del Derecho y progresivamente incluyen algunos elementos axiológicos como identificadores del propio Derecho.

Cuando Stern afirma que "para los individuos, las apreciaciones son las aceptadas por la tradición" y completa: "En el caso de un conflicto entre el sentimiento individual y la apreciación social, ésta se realiza por coacción. El carácter coactivo es típico de los valores sociales" (56), llegamos hasta un ámbito próximo a la coacción que es aplicable al campo jurídico. Al llegar desde la aproximación individual del fenómeno axiológico a la consideración social y al ámbito jurídico vemos que hay una gradación compleja.

El psicologismo, en especial el estudio de Müller-

(56)Stern, Obra citada, pag.Pag.43.

Freinfels, conduce a un tratamiento relativista del mundo de los valores. Incluso afirma que la filosofía cumple su deber superior al revelar la relatividad de las apreciaciones (57). A esta conclusión llegamos después de que en el trayecto se hayan propuesto infinidad de consideraciones de los valores como figuras de carácter absoluto. Así, la Filosofía de los valores de Scheler y Hartmann propugnan una teoría en donde los valores son absolutos y tienen una sólida esencia que nos permita hablar de aquellos como algo "en sí". Esta aseveración, lugar común del comentario a la filosofía de los valores cuenta matices muy apreciables.

Scheler, en el Prólogo a la tercera edición alemana de su emblemática obra , **Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik**, (58). propone los términos de su trabajo en contestación a Hartmann, en donde contrasta y matiza la vuelta de sus propuestas a una ética objetiva estática. La conexión que

(57) Müller-Freienfels. Grundzüge einer neuen Wertlehre. 1919. Pag. 381.. Citado en pag. 46 del Stern.

(58) Stern. **Etica**. Citada, pag. 20 y s.

Hartmann atribuye en su **Ética**, entre el pensamiento de Aristóteles y las tesis de Scheler es recogido en el propio prólogo de éste: "La ética de Aristóteles es una ética esencialmente de bienes y una 'ética objetiva de fines', rechazada por nosotros (...). La ética material de los valores le corresponde por completo a la filosofía 'moderna', y no puede servir de trampolín para volver al antiguo objetivismo estático de los bienes (tal como , por otra parte, pretende la escolástica católica), ni puede tampoco ser fundamento para la síntesis de la ética antigua y moderna"(59). A continuación añade "la ética material de los valores" *podía* originarse tan sólo después del fracaso de las éticas de los bienes y de los fines , es decir , de los mundos de bienes "absolutos" y seguros de sí mismos. Y *presupone la aniquilación* que de estas formas hizo Kant". En el segundo punto comentado por Scheler se refiere a "la consideración sobradamente escasa que Hartmann presta a la naturaleza histórica y social de todo ethos vivo y de su especial jerarquía de valores". El hombre, incluso como ser espiritual, respira únicamente en la

(59) Scheler. **Ética**. Citada, pag.21.

historia y en la sociedad. Así como no me es posible separar la teoría del conocimiento de los grandes problemas de la historia de las estructuras del espíritu humano(...), tampoco puedo separar la ética de la historia de las formas de ethos" (60) y añade : " Por ello, la continuación de la "ética material de los valores no la veo en la dirección de lo que Hartmann llama la "ética propiamente dicha", es decir, en la dirección de lo que Hartmann llama la ética propiamente dicha", es decir, en la dirección de un análisis de las virtudes, total y grosamente "individualista", por el patrón de Aristóteles y más aún de la Stoa; ni tampoco en los análisis especiales (muy de agradecer en si mismos) de valores, que se recortan de la estructura de la sociedad y la historia en que primeramente vivieron y son luego intemporizados (tal, por ejemplo, el amor de lo remoto, en F. Nietzsche). Aquella continuación la veo más bien en una filosofía de la evolución de la conciencia moral a través de la historia y la sociedad" (61)

(60) Scheler. Obra citada, pag.23.

(61) Scheler, Obra citada, pag.23.

II. No todas las posturas enfrentadas con los valores han conducido al relativismo axiológico. La filosofía alemana de principios de siglo, en especial la seguidora de la doctrina husserliana contiene una respuesta radicalmente opuesta a este postulado. El punto de partida está en Husserl quien entiende la fenomenología como una ciencia de esencias, una ciencia eidética. Su consideración de los objetos susceptibles de ser estudiados como tales no se detiene en los objetos "reales" sino que los actos de la conciencia como parte de las acciones del sujeto son también consideradas como esencias, y no como un hecho de la realidad. El enfoque de la acción humana viene configurado desde el esquema de las esencias como si de ideas platónicas se tratase. Los valores son igualmente "esencias" y "objetos ideales".

El principio se mantiene desde el relativismo axiológico del psicologismo de Müller-Freinfels hasta el absolutismo valorativo

de la escuela fenomenológica con la figura de Kant no muy lejana. Consiste en abandonar de entrada los presupuestos hipotéticos sobre los bienes y las cosas. Esta misma base es respetada por Heyne que hereda de su maestro Rehmke el propósito en filosofía de que esta disciplina debe circunscribirse a lo dado simplemente. Stern afirma que según Rehmke, "la filosofía carece de prejuicios, pero no de supuestos puesto que admite datos. Una tal filosofía es la que Rehmke llama Grundwissenschaft, es decir, la ciencia fundamental" (62).

La formulación de Rehmke es utilizada posteriormente por Heyde en materia de valores. Aunque en este caso Heyde va a llegar a un determinado valor que queda delimitado más como relación que como valor en sí, en la primera aproximación se introduce la ontología del valor.

(62) Stern. Obra citada, pag.107.

En cierta manera las tendencias desde el psicologismo hasta los dictados de la esencia de los valores refrendan métodos que paradójicamente parten de lo que pretenden negar posteriormente. Así el psicologismo entiende, antes de entrar a considerar los valores que aparecen en las emociones y apreciaciones sucesivamente, un individuo de rasgos abstractos, ideales, de los que debe después prescindir para poder explicar su concepción relativista en materia axiológica. Hay predicados universalizables de los que el psicologismo parte y que atribuye al hombre como conjunto de caracteres compartidos. Los datos de la conciencia, de su presencia en la configuración psicológica del hombre son presupuestos que distan mucho de ser la adecuada base de un relativismo basado en la peculiar manera de comprender los datos de la realidad. . El psicologismo, que tiene una formación sólidamente idealista, ha llevado hasta la estructura de los objetos la del sujeto. Pero con esa traslación y para comprender la configuración axiológica que el psicologismo da a entender, debe prescindir de ese sujeto cuyos atributos psicológicos son universalizables por completo. El hombre

como abstracción desciende a la multiplicidad de procesos psicológicos diversos y desde su pluralidad comprende la pluralidad de enfoques del material axiológico. El resultado es el hombre atomizado desde la psicología y que paralelamente proyecta unos contenidos materiales desgranados en la relatividad de los valores. El idealismo triunfaba una vez más al configurar los objetos del conocimiento como si de sujetos cognoscentes se tratase.

El resultado podría contrastarse con la diferente forma de observar estos valores en la realidad. ¿Pueden comprenderse dichos valores desde otra óptica que como objetos materiales?.

En primer lugar Glandsdorf plantea la estructura básica desde la psicología del hombre. La doble estructura se compone de un primer nivel donde simplemente se dan las representaciones - ideas, imágenes - y un segundo nivel donde interviene el nivel afectivo. Las impresiones afectivas serán según Glandsdorff : "... des modalités variables, allant de l'agréable ou du désagréable, au

plaisir et à la douleur, aux émotions et aux sentiments, selon leur degré de composition avec des éléments de l'activité représentative "(63).

El desdoblamiento que ya veíamos en Müller-Freienfels y al que se refiere Glandsdorff presupone una capacidad de la metodología por separar ambos "estratos" del conocimiento. Una teoría sobre los valores quedaría determinada metodológicamente si aceptase este desglose previo.

Cuando nos enfrentamos al dilema axiológico previo, históricamente el problema se ha planteado en torno a si el valor es un objeto del conocimiento o por el contrario tenemos que enfocarlo desde la perspectiva de que es un tipo o categoría del propio conocimiento. El denominado "cognoscivismo" participa del primer modelo dentro de una realidad previa, dado que el sujeto conoce de

(63) Glandsdorff, *Les déterminants de la théorie générale de la valeur*. Ed. de l'institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, Bruselas 1966.

una manera determinada. El "no cognoscivismo" repudia este carácter del sujeto que no solo es pasivo sino que con su acción forma y no aprehende ninguna calificación previa. La formación del juicio de valor vendría dado de una u otra manera por la realidad axiológica que viene conformada por el sujeto, de una forma activa en el segundo de los casos.

Por tanto el desglose de "representación" y "apreciación" que muestra Glandsdorff, mantenido en su estricto sentido, no hace sino dar un primer paso hacia el cognoscivismo ya que la apreciación no sería más que aplazar a un segundo momento la capacidad activa de un sujeto ante una realidad, la realidad "objetiva" de la representación de imágenes e ideas en el sujeto. Sin embargo esto obligaría a pensar que en la representación previa de todo sujeto no existe ningún tipo de condición previa, de interés por parte del sujeto, de prioridades en la fijación de imágenes entre otras, de intervención subjetiva en la primera fase, en definitiva. El interés del individuo se fija en la realidad y caben dos supuestos. El

primero , del que participa el cognoscivismo, en el que esta representación aprehende los datos de la realidad que ya conforman previamente un tipo de axiología. En el segundo supuesto, la representación no cognoscitivista tan sólo aprehende una realidad neutra, configurando la axiología del propio sujeto. La valoración se retrasa en el segundo caso al sujeto, mientras que en el primero la representación simple ya cuenta con una base previa axiológica que debe enfrentarse y moderarse en el sujeto. Este enfrentamiento se produce en los cognoscivistas en la fase emotiva, mientras que el no cognoscivismo resta valor axiológico a una segunda fase de apreciación ya que en la primera de las representaciones intervienen fundamentalmente valores subjetivos.

Tanto Müller-Freinfels como Glandsdorff reconocen estos elementos subjetivos; el primero más claramente en la fase emocional y el segundo en la fase "representativa". Realmente es difícil comprender como se produce esta relación emocional con la realidad o la asociación de ideas o imágenes sin una selección previa. El

condicionamiento que supone la segunda de las fases, la aprobación (la "puesta de valor") o las impresiones afectivas sobre la primera la hacen difícilmente escindible en una cuestión valorativa.

El mantenimiento de este esquema -que tiene más de postulado metodológico que de vocación descriptiva -, significaría la existencia de una realidad aséptica y de una colisión de apreciación personal en el primer y segundo nivel.

En este esquema se reconoce implícitamente que la puesta de valor no es sino llevar las primeras impresiones al campo del contraste con elementos más próximos a la razón. Reconocemos a través de la validez de este esquema el papel que desempeña el componente emotivo en la axiología, tan sólo que en esta aproximación se explica la formación del valor en dos niveles, siendo el primero una base emotiva y el segundo una fase más o menos reflexiva.

En el primero de los niveles interviene una primera formación de imágenes y de ideas a partir de un dato de la realidad. En el segundo, estas ideas e imágenes son cribadas por la reflexión, asumida por su origen tradicional y del entorno socio-cultural o autorazonada mediante elementos que probablemente combinan más o menos originalmente los anteriores datos y el componente emotivo. Por esta interrelación a la que nos conduce no sólo la autorreflexión, sino también la incorporación personal de los elementos de juicio provenientes de la cultura y del ámbito propio, el esquema no aporta una descripción veraz de la realidad del conocimiento axiológico. En la "puesta de valor" hay demasiados elementos emotivos como para relegarlos a un nivel ajeno a la valoración. Por otro lado, en el nivel emotivo, e interés, la experiencia y otros factores en los que interviene el elemento razonador significa demasiado incluso en el primer nivel -fijación de la atención en determinados datos inmediatos de la realidad y no en otros- como para estar compuesto por puras emociones. Stern, al comentar a Müller-Freinfels afirma "la apreciación puede ser de

género positivo o negativo. Lo que es decisivo para el carácter positivo o negativo de una apreciación es la manera secundaria de tomar posición. Un sentimiento de placer que en segunda instancia, se me aparece como valor negativo, será por lo mismo determinado como valor negativo, aun cuando el fundamento emotivo tenga, como tal, carácter positivo. Cuando la instancia secundaria tiene un signo matemático distinto del de la actitud primaria, nos hallamos frente a un conflicto axiológico" (64)

La filosofía de los valores recoge este cognoscivismo axiológico de una manera radical. Si adecuamos el esquema anterior al conocimiento axiológico los postulados de Scheler, encontramos una respuesta apriorística en la axiología. Su vinculación en el Derecho positivo y desde el ámbito concreto del Derecho constitucional está en los debates de la Constitución de Weimar y sus implicaciones axiológico-jurídicas de una forma clara.

(64) Stern. Obra citada, pag. 33.

Uno de los elementos fundamentales es destacado por Lucas Verdú. La contraposición de opuestos entre sí en el "microcosmos cultural" del entorno de la Constitución de Weimar ofrece una visión activa y recoge una óptica de la realidad que aproxima Derecho, política y cultura. La necesidad de interrelacionar diversos ámbitos se comprende aceptablemente, o al menos es una de sus explicaciones posibles, respecto al relativismo anterior.

El auge de las ciencias naturales y su método inductivo, a partir de datos empíricos extraídos de la experimentación y del contraste con su comportamiento en la naturaleza, incorpora en el siglo XIX la mitología del suceso comprobado y su cualificación en virtud de elementos objetivables. Por tanto todo intento de construcción a partir de materiales que carecen de base empírica, a los que no podemos acceder mediante un modo inductivo y que adolecen de una fórmula deductiva como método de conocimiento parte, desde estos presupuestos, con un fuerte obstáculo. El destierro de este ámbito conlleva no sólo el estigma que, aún hoy

todavía, el término "ciencia" otorga o arrebató, sino que por extensión inhabilita de una aproximación más o menos "seria" dado que la "ciencia" también se apropia en exclusiva del concepto de lo riguroso.

Los juicios de valor quedaban fuera, por la incompatibilidad con cualquier estudio desde la metodología de las ciencias naturales. Representaban un caudal de materia cuanto menos indiferente para el tamiz científico y no podían formar parte de un sistema definido por el rigor cientifista.

Sin embargo históricamente no solamente ha variado el objeto y su tratamiento, en este caso, los juicios de valor, sino la perspectiva y los dogmas bajo los cuales se han ido analizando dichos juicios de valor. Hemos analizado con que visión específica abordaron algunas escuelas el problema axiológico. La modificación en función del objeto no partía de un método inerme ante los estudios que conducían a dichos objetos sino que el método

prefiguraba ya en cierta medida la naturaleza de su objeto. Por ello numerosas escuelas hicieron caso omiso a la visión axiológica de la filosofía y si incluyeron el tratamiento de los valores desde el ámbito jurídico fue por un ánimo de completar la visión sobre un campo que tradicionalmente fue abordado por tratadistas y metodólogos.

Así en no pocas ocasiones el método amolda su objeto a los principios de los cuales parte el tratamiento de los mismos, acomodando el objeto a la herramienta y no al contrario. El tratamiento de los valores como "elementos objetivos", como objetos de un interés, las relaciones puestas en función de objetos e intereses.(65) Esta vinculación se concreta en el Capítulo segundo de este trabajo.

(65) Ver Filippo Masci. *La filosofia dei Valori*. Accademia dei Lincei. Roma. 1913. Pag.323 y ss.

CAPITULO PRIMERO:

EL SISTEMA DE VALORES EN EL

ORDENAMIENTO. APROXIMACION

HISTORICA AL MUNDO MODERNO.

I. PANORAMA GENERAL.

El concepto valorativo ha tenido tradicionalmente un tratamiento individualizado. Como elemento aislado o puesto en relación con otros valores, su análisis partía de lo particular a lo general, teniendo el enfoque de conjunto un carácter secundario, tan solo entendido como yuxtaposición de dichos conceptos valorativos. Platón utiliza la dialéctica, como método para el descubrimiento de las Ideas, y en su relación con el mundo empírico establece una continua relación que pasa por el acercamiento y alejamiento del hombre respecto de dichas Ideas. En *La República* expone la conversión de dichas ideas en virtudes y declara un sistema de virtudes que al descende hasta la experiencia humana y su mundo

empírico para servir de pauta como verdaderos valores de tipo moral (66).

La Teoría del Estado tiene su base en el estudio del ser de una manera amplia y global . El valor, la estimación que viene de la Idea del Bien , ilumina por igual a las virtudes personales que las que deben respetarse después de la creación de la comunidad y sus leyes (67). La justicia alcanza un papel armonizador entre las virtudes humanas - sabiduría (*sophía*), la medida (*soophrosyne*) fuerza de la voluntad (*andría*) - al igual que en el seno de la comunidad la justicia armoniza otra tres virtudes, la prudencia , el valor y la templanza encarnada por sus clases sociales, los

(66) Platón. **La República o lo justo**. (En **Diálogos**) Porrúa. México, 1984. Pag. 433 yss.

(67) " Por eso , habiendo ensayado los hombres entrambas cosas y habiéndose dañado durante largo tiempo los unos a los otros, no pudiendo los más débiles evitar los ataques de los más fuertes, ni atacarlos a su vez, estimaron de interés para todos impedir que se hiciese ni recibiese daño alguno. De aquí nacieron las leyes y las convenciones. Se calificó de justo y legítimo lo que fue ordenado por la ley. Tal es el origen y la esencia de la justicia: ocupa ésta el punto medio entre el mayor bien, que consiste en ser injusto impunemente, y el mayor mal, que es el no poder vengarse de la ofensa sufrida." En la respuesta a Trasímaco al comienzo del Libro segundo de **La República**. Edición citada, Pag.455 y 456.

gubernates, los guerreros y los artesanos, respectivamente.(68). Si el Estado tiene en como labor la de formar a los ciudadanos en la virtud (69), la situación de la justicia como valor mediador y armonizador compromete desde el individuo como ser aislado hasta el conjunto del Estado como gran cuerpo social.

Platón auna dos referencias . Por una lado la del obligado reconocimiento del antecedente en Platón de las tesis objetivistas y las que buscan las esencias metafísicas desde la perspectiva de esencias materiales con caracteres más o menos definibles, desde la antigüedad, pasando por determinadas corrientes del pensamiento iusnaturalista cosmológico, teológico y racionalista hasta la "filosofía de los valores" - Hartmann - . Por otro lado

(68) Platón. **La República**. Ed. citada. Libro IV. Pag.503. Para el comentario y alcance a través del comentario del diálogo **Las leyes**, en su atemperamiento del rigor de **La República** , ver Eduardo García Maynez, **Teorías sobre la Justicia en los Diálogos de Platón**. Tomo III. Porrúa, y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

(69) Platón. **La República**. Ed. citada, Libro IV. Pag.503. Además la educación en la virtud asegura el propio bien del Estado. Para contrastar la educación de la virtud con la imposibilidad de enseñar ésta ver el diálogo **Protágoras o de los sofistas**. Ed. citada . Pag.103 y ss.

la consideración de la justicia como gran valor, pero no objetivo sino como concepto relacionador, en el sentido de mediación, que nutre el sentido de los valores en los textos jurídicos modernos de la cultura positivista "corregida" y normativista.

Los atributos de cada uno de los valores en Platón son asimilables al ser, comprendido de forma individual. Su abstracción, que prolonga la enseñanza de dicha cualidad por encima de los hombres para encontrar un lugar en el mundo de las Ideas, tampoco prescinde de su singularidad. El mundo de las ideas es el mundo de un conjunto de seres, de la yuxtaposición de cada ser y sus atributos. De igual manera será para Aristóteles en cuanto a la individualidad. Sin que suponga ninguna novedad en este aspecto, la Escolástica va a añadir la idea de "fin", a los términos equivalentes - según afirma Paniagua (70) - "bien" y "valor". Ello hace discurrir el caudal de la axiología por cauces más anchos, englobado

(70)Rodríguez Paniagua.¿ Derecho natural o axiología jurídica ?.Técnos Madrid 1981, pag.12.

la finalidad dentro del gran conjunto de la estimativa -**bonum habet rationem finis** , según el adagio latino-. Paniagua, al estimular el sentido latino del término axiología, se enfrenta a lo que debemos entender por fines de Derecho como sinónimo de valores o bienes del Derecho.

Si retomamos la historia de los valores a partir de la idea de finalidad podemos recoger nuevamente un conjunto de sentidos que pueden ser precedentes de la idea de sistema. En el pensamiento presocrático, Heráclito, en su idea del hombre como un microcosmos, traslada a todo su Universo la visión teleológica y de ordenación conforme a una finalidad. La tensión a la que somete todo el orbe en su existencia (tensión de contrarios - vida y muerte, día y noche, invierno y verano - en un conflicto que va a ser fecundo) es una visión solidaria regida por Dikê, la Justicia, " al servicio de la cual se encuentran "las Furias vengadoras"(71).

(71) Brehier: *Histoire de la philosophie*. P.U.F. París, 1987. Volumen I. Pag. 50.

Añade Bréhier que para Hesiodoto y para Píndaro las Horas, hijas de Themis son las diosas de la regla, de la justicia y de la paz. (Eunomia, Dikê, Eivéré)(72). Heráclito, en uno de sus grandes temas afirma la unidad de todas las cosas, en donde se halla la verdad por excelencia. Así como el autor presocrático entiende que "todas las leyes humanas se nutren de una ley Divina, a la que designa después como naturaleza ($\Phi\upsilon\epsilon\iota\varsigma$) y más adelante como razón cósmica o logos ($\lambda\omicron\gamma\omicron\varsigma$) (73), Sócrates, según Recasens, estima la justicia superior como fin del intelectualismo ético que traslada al Estado y sobre la que trata de fundar el orden y el valor del Derecho humano (74).

Cuando un conjunto de normas deben seguir el mandato

(72)Bréhier. Obra citada Pag. 50

(73) Cita de Hildebrand en **Geschichte und System der Rechts und Staatsphilosophie**, 1860, pag. 64 - en cita recogida por Recasens Siches, **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Porrúa, México, 1983 (1ª Ed. 1959) pag. 369.

(74)Recasens Siches. Obra citada. pag.369.

material de un valor identificado en estos casos como fin del Derecho hay un precedente ya en grandes filósofos de esta idea de sistema. El complejo entramado fluye desde arriba a través de una concepción dogmática que pronto va a ser desarrollada.

- Pérez-Luño (75) destaca esta idea -: "El tema de la interconexión orgánica y finalista de los derechos fundamentales, es decir, su dimensión sistemática"; y añade las características de unidad, plenitud y coherencia en una común idea de finalidad para acabar de identificar al sistema.

No queda reflejada tan solo en esta idea de coherencia interna que se muestra abierta al enfrentamiento con los postulados doctrinales: formales o materiales, según los cuales el tipo de coherencia quede mediatizado por la servidumbre a un modelo de dependencia, esto es, material o formal. Sin embargo, y sin

(75) Pérez Luño. *Los Derechos Fundamentales*. Técnos Madrid. 1984. pag. 137 y 55.

perjuicio de los alineamientos y justificaciones que más adelante veamos para la construcción en torno a una idea de fin unida o en torno a un procedimiento, la idea de fin conectada con idea de valor servirá no sólo para responder a las construcciones sistemáticas sino para conformar la misma esencia del Derecho.

Afirma Recasens: "La esencia del Derecho no es inteligible sino en función de una intencionalidad al realizar determinados valores. Toda normatividad supone que se ha elegido un determinado patrón entre otros posibles por ser considerado mejor que estos; ahora bien, esa elevación entraña una preferencia, y la preferencia supone una estimación, es decir un criterio de valor⁽⁷⁶⁾ que más adelante:" Así pues, en la misma existencia del Derecho positivo hallamos el testimonio de una referencia a ideas de valor. En resumen, se puede afirmar categóricamente que hay criterios de valor para orientar - y consiguientemente para enjuiciar

(76)Obra citada pag. 380.

el Derecho positivo, porque de lo contrario no podría existir la realidad de éste"(77). A primera vista parece que estamos ante una forma diferente de relación entre Derecho y Moral. Uno de los objetivos de este trabajo de investigación es seguir la pista a esta impresión y precisar que resultados alcanza.

Para Recasens todas las normas jurídicas mantienen una estructura de finalidad porque se proponen a través de la conducta que ordenan la realización de un fin. Añadiré: "Ahora bien, para proponernos algo como fin, precisa que ese algo nos aparezca como valioso desde un cierto punto de vista. Con esto descubrimos la mención o referencia intencional de cada precepto jurídico a la realización de una finalidad reputada como valiosa. Si en nuestra conciencia borramos la función estimativa, desaparece también la posibilidad de toda apreciación de finalidad"(78). La identificación de la finalidad en el campo jurídico se produce a través de la

(77) Obra citada pag. 381

(78) Obra citada pag.381.

axiología. Esto no significa que caigamos en el reduccionismo que identifica el Derecho con sus contenidos valorativos puesto que el Derecho del que hablamos es un Derecho positivado. La formulación de Recasens obedece a un diagnóstico sobre el Derecho más que a un postulado doctrinal. Y se realiza tanto desde una teoría sobre la norma como desde una teoría sobre el Ordenamiento:

" El fin concreto que persigue cada precepto jurídico o cada institución, de ordinario aparece como algo limitado e hipotético, es decir, como algo que representa a su vez un medio para conseguir otro fin; y así sucesivamente. Ahora bien, este proceso de ir inquiriendo la concatenación de los fines de las diversas normas jurídicas positivas nos conducirá por necesidad a un momento en que tengamos que preguntarnos por el fin del Derecho en su totalidad, o, lo que es lo mismo, por el fin último o supremo de lo jurídico. Y esta es precisamente la cuestión fundamental de la Estimativa Jurídica" (79). Sin embargo, el concepto de Ordenamiento jurídico será en cierta manera un anacronismo si partimos de

(79) Recasens Siches. Obra citada pag. 381.

la antigüedad clásica para encontrar antecedentes a la idea de sistema.

Por otro lado en la tarea histórica podemos caer en el circunloquio de incluir lo definido en la definición, y en gran manera, explicar el sistema desde el "Ordenamiento" significa para un gran período de la cultura jurídica utilizar dos sinónimos para comprenderlos recíprocamente.

Así, cuando hablamos de Platón, su concepto de Derecho ideal se conecta en el diálogo de la República (80) a través del fin último de la justicia, entendido como parte del mundo de las ideas, con un papel de absoluta relevancia como valor identificado con una idea que es el gran fin para el mismo Derecho.

(80) Platón .*La República*. Ed. citada. Libro IV. Pag.503.

Aristóteles recoge y profundiza en esta idea de justicia entendiendo que la misma va a ser integradora de un mundo variado. La búsqueda de la esencia universal de las cosas reales le aparta del trasfondo del mundo inteligible por encima de lo sensible, postulado por Platón. A partir de la experiencia encuentra el Estagirita la absorción propia del mundo inteligible. Y en éste reside el encuentro con la idea teleológica o finalista del mundo. Habla, frente al mecanicismo de Leucipo o de Demócrito, de un orden que engloba a un conjunto de seres, quienes tienen cada uno de ellos un fin. Y al igual que entiende el fin en el hombre lo entiende en el ámbito social. La justicia es el equilibrio de un conjunto de virtudes - dianoéticas o intelectuales y éticas o morales - proyectadas hacia un tercero (81). Y como extensión se define en la relación con el tercero respecto a su antagónico, esto es, lo

(81) Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Edición bilingüe y traducción por Maria Araujo y Julian Marías. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959. Libro V. Pag.72. "Por lo mismo, también la justicia es, entre las virtudes, la única que parece consistir en el bien ajeno, porque se refiere a los otros; hace en efecto lo que conviene al otro, sea éste gobernante o compañero".

desigual y la justicia identificada con la igualdad (82).

El elemento formal que predomina en la localización de lo justo en la proporción (83), en el justo medio (84) o en la reciprocidad (85), no es el único existente. La distinción entre la justicia distributiva que otorga honores o bienes en función de los méritos personales y la justicia correctiva que se abstrae de aquellos para juzgar objetivamente los daños o los beneficios incluye criterios materiales, si bien éstos son ambiguos e imprecisos. La justicia se completa por la equidad superadora de la justicia porque se trata de otro género aunque en un principio no es tan tajante en la escisión (86). Sin embargo es fundamental para advertir la importancia

(82) Aristóteles. Obra citada. Libro V. pag.74.

(83) Aristóteles. Obra citada, pag.75.

(84) Aristóteles, Obra citada, pag.76..

(85) Aristóteles. Obra citada, pag.77.

(86) En párrafo primero del apartado 10, "... nos parece absurdo que lo equitativo, siendo algo distinto de lo justo, sea laudable; porque, o lo justo no es bueno, o lo equitativo no es justo, si es otra cosa; y si ambas cosas son buenas, son lo mismo". Obra citada, pag.86. En contraste el último de los párrafos: "... Queda aclarado, pues, qué es lo equitativo, y que es justo, y mejor que cierta clase de justicia. Con ello queda también de manifiesto quién

de la justicia legal y observar que la primera es tan sólo una aclaración previa y que la segunda es la que verdaderamente va a tenerse en cuenta para rectificar las desigualdades que la equidad corrige. Un cierto positivismo se introduce en esta valoración y la opción por el *decreto* frente a la ley y la decisión judicial frente al carácter general reduce la amplitud de la sistemática en la concreción del valor justicia. Aristóteles afirma : "Por eso lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia ; no que la justicia absoluta , pero sí que el error producido por su carácter absoluto. Esta es también la causa de que no todo se regule por ley , porque sobre algunas cosas es imposible establecer una ley , de modo que hay necesidad de un decreto . En efecto tratándose de lo indefinido, la regla es también indefinida , como la regla de plomo de los arquitectos lesbios , que se adapta a la forma de la piedra y no es

es el hombre equitativo: aquel que elige y practica esta clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en el mal sentido , sino que sabe ceder aun cuando tiene la ley de su parte, es equitativo, y esta disposición de carácter es la equidad , que es una clase de justicia y no una disposición de otra índole". Pag.87.

rígida , y como los decretos que se adaptan a los casos" (87).

La justicia en Aristóteles aparece como virtud vinculada al individuo respecto a la igualdad y en cuanto condición de este valor a su dimensión social .

Truyol diferenciará: "En un sentido amplio, la justicia equivale al ejercicio de todas las virtudes, referido a otro. Aquí aparece ya una nota esencial de la justicia: la alteridad. Pero en sentido estricto, la justicia se define como una virtud ética particular en la que se da, además de la alteridad, la nota de igualdad. En la

(87) Obra citada , pag.87. Vuelve después a entender lo equitativo como una clase de justicia al final del párrafo. " Queda aclarado, pues, qué es lo equitativo, y qué es justo, y mejor que cierta clase de justicia. Con ello queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquél que elige y practica esta clase de justicia y no exige una justicia minuciosa en el mal sentido, sino que sabe ceder aún cuando tiene la ley de su parte , es equitativo, y esta disposición de carácter es la equidad, que es una clase de justicia y no una disposición de otra índole". Aunque de la *Tópica aristotélica* extrae Viehweg la concepción no sistemática y moderna del autor griego según la interpretación del autor de *Tópica y Jurisprudencia* (*), están en el final del libro V de esta *Ética a Nicómaco*. algunas de las claves, en concreto en la resolución de problemas de la justicia a través de la equidad.

(*) Theodor Viehweg. *Topik und Jurisprudenz*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1963. Versión castellana a cargo de Luis Díez-Picazo. *Tópica y Jusrisprudencia*. Taurus, Madrid 1964. Capítulo II y Capítulo III.

justicia se aplica y realiza el principio de igualdad como fundamento de la cohesión y armonía de la vida social" (88).

El trasfondo es la búsqueda de la justicia política que toma los caracteres de la justicia en abstracto pero con una dimensión superior (89). La virtud está puesta en relación con los demás, de tal modo que cuando no se dan determinadas condiciones de libertad e igualdad no puede haber justicia política, aunque sí cierto sentido de justicia en un sentido muy vago (90).

Mientras que la felicidad es el fin último en el ámbito personal e interno, el medio para conseguirla a través de la verdad

(88) Truylol y Serra. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Tomo I. Alianza Editorial..Madrid 1978. (1ª Ed. 1954) pag.159.

(89) Aristóteles. Obra citada, pag.80.

(90) Aristóteles. Obra citada, pag.80. "Hemos dicho antes qué relación existe entre la reciprocidad y la justicia; pero no debemos olvidar que lo que buscamos no es sólo la justicia sin más, sino la justicia política. Esta existe entre personas que participan de una vida común para hacer posible la autarquía, personas libres e iguales, ya proporcional ya aritméticamente. De modo que entre los que no están en estas condiciones no puede haber justicia política de los unos respecto de los otros, sino sólo justicia en cierto sentido y por analogía."

y las virtudes, y el conjunto de las mismas la justicia forma el fin último en el ámbito social y externo (91).

El sistema que Aristóteles reproduce puede ser un precedente de la interrelación de bienes - bien como plenitud de la esencia en Aristóteles - y ofrece base para ser puesto al servicio de una virtud o fin genérico y que da sentido al conjunto. También es que hay justificaciones diferentes para el sistema y sus problemas de aplicación concreta, al igual que Aristóteles diferenciaba entre un bien y su acción concreta, la acción que viene como desarrollo de esa idea de bien (92). Su conexión con la diferenciación de la justicia natural y justicia legal y los actos que desarrollan una y otra

(91) Aristóteles. Obra citada, pag. 79. Para la virtud la unidad es muy importante, e incluso en el intercambio que posibilita y presupone la igualdad la propia unidad tiene un primer factor económico, y un trasfondo de justicia política. "Tiene que haber una unidad, y establecida en virtud de un acuerdo (...), porque esta unidad hace todas las cosas conmensurables"

(92) " Donde hay injusticia se cometen acciones injustas (pero no siempre hay injusticia donde se cometen acciones injustas) y éstas consisten en atribuirse a uno mismo más de aquello que es bueno absolutamente hablando". Obra citada, pag. 80.

(93) así como la justificación racional del sistema (94) aproximan la unidad a los valores en el pensamiento de Aristóteles.

(95)

A partir de lo que Recasens entendía como una concatenación de fines (que da lugar a una jerarquía) y de la separación que Truyol explicaba de la justicia en Aristóteles en su sentido amplio - ejercicio de todas las virtudes - y en su sentido estricto - virtud ética particular con las notas de alteridad e igualdad -,

(93) " La justicia política se divide en natural y legal; natural, la que tiene en tosa partes la misma fuerza, independientemente de que lo parezca o no, y legal la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo..." y después la distinción " el acto injusto es distinto de lo injusto y el acto justo de lo justo", para dar paso a las diferencias cualitativas. Obra citada, pag.81

(94) "... Por eso no permitimos que nos mande un ser humano, sino la razón, porque el hombre hace eso en su propio interés, y se convierte en tirano..." Obra citada, pag.80. Antecedente de la moderna justificación de la razón como criterio de legitimidad que llega hasta Weber.

(95) Sin embargo no podemos olvidar las palabras de Scheler en su **El Formalismo en la Ética material de los valores**, (Citada por **Ética**. Prólogo a la tercera edición alemana, pag. 21.), al responder a la afirmaciones de Hartmann en su **Ética**. "Aristóteles no conoce aún una distinción rigurosa de "bienes" y "valores", ni siquiera un concepto de valor, propio e independiente de los grados y autonomía del ser (es decir, independiente de la medida en que cada cosa lleva impresa la finalidad entelequial, que es lo que le constituye)."

podemos hacer un primer desglose de lo que puede suponer una aproximación al sistema desde la idea de valor como fin. Esto es, la advertencia de que en numerosos pensadores aparecerá un fin último al que el Derecho obedece, por el que existe y en el que se fundamenta y explica junto a una serie de valores o fines incluidos en las normas, instituciones y preceptos jurídicos que persisten en su sentido axiológico con independencia del sistema explicado sobre todo a la luz de la interpretación de los operadores jurídicos y teorizado a través de los postulados tópicos de los valores.

En la interpretación histórica no queda abiertamente delimitada la frontera entre ambos postulados. Así mientras Stein y Shand reclaman del Derecho Romano un sistema que se alineaba en torno a las ideas de Ius, de orden, al valor de la exclusión de la violencia entre otros (96), autores como Viehweg analizan el "ius civile" desde el ámbito de la tópica (97).

(96) Stein y Shand. **Legal Values in Western Society**. Edinburg University Press. Versión italiana. Giuffrè, Milano, pag. 47 y 55.

(97) Viehweg. **Tópica y jurisprudencia**. Obra citada, pag. 71 - 95.

Frente a Viehweg, Losano entiende el Derecho romano como un período en el que no aparece el término "sistema" pero sin embargo sí el concepto. "la ciencia del Derecho pasó de la enunciación de las meras nociones prácticas a la elaboración dogmática ,sobre todo a causa de la influencia griega". (98)

No podemos hablar del Derecho Romano en un sentido único para defender o responder frente a la tópica o a la sistemática. Aragón, apoyándose en las opiniones de Kunkel (99), entiende este Derecho como principialista, aunque este aserto bien podría ser parte de un amplio fundamento tópico o sistemático (100). Sin

(98) Losano. **Sistema e struttura nel diritto**. Giappichelli. Torino 1968. Pag.21.

(99) Kunkel W. **Römische Rechtsgeschichte. Historia del Derecho romano**. Bosch. Barcelona. Págs.105 a 134.

(100) Aragón, M. **Constitución y Democracia**. Técnos. Madrid, 1989. Pag.67. "La admisión de los principios generales como fuente del Derecho es algo comúnmente aceptado, como muy bien se sabe en nuestro tiempo. Y no se trata, ni mucho menos, de un fenómeno enteramente nuevo, pues el

embargo Aragón hace de este principialismo una herencia recogida fundamentalmente por Savigny y como consecuencia pasa a la Escuela Histórica del Derecho a través del concepto de "instituto jurídico" (101)

Podemos encontrar un cierto vínculo histórico en la cultura jurídica de los valores a través de los textos destacados por Viehweg al margen de su interpretación. Así por ejemplo encuentra en el "mos italicus" de los discípulos de Bartolo una línea de continuidad de la tónica jurídica que ostenta una aportación no sólo como instrumento sino como metodología en general en la cultura axiológica. Por contraposición Alciato utiliza el método que pasó a la historia como "mos gallicus ius docendi" enfrentado al anterior y más en la línea del nuevo humanismo jurídico. La denominada

Derecho romano, en su época de mayor esplendor, ya se caracterizó por un fuerte ingrediente principialista, y este legado perduró, desde entonces, en la vida del Derecho Occidental".

(101) Ver los antecedentes doctrinales, en el contraste "institución", e "institución jurídica" y la concepción institucional del Derecho en el libro de José Calvo González. **La Institución Jurídica**. Universidad de Málaga. 1986. Pag. 41 y ss.

"cultura jurisprudencia" que Alciato apadrina en la primera mitad del siglo XVI va a basarse en una recuperación desde una perspectiva histórica del Derecho romano completando la compilación de Justiniano. La reconstrucción filológica tiene una finalidad que se aproxima e identifica con la ciencia del Derecho y con la filosofía jurídica en cuanto que filosofía y ciencia del Derecho se unen para Alciato ya que "una no puede existir en absoluto sin la otra, porque la verdadera filosofía es inherente a la justicia"(102). El denominado "mos gallicus ius docendi" de Alciato se contrapone al método seguido por los discípulos de Bártolo en el que Viehweg encuentra la línea de continuidad dentro de la particular historia de la tópica. La justicia aparece de nuevo como el fin buscado dentro de los albores del humanismo moderno. Y se busca desde la reconstrucción de los textos jurídicos romanos en los inicios del Renacimiento. Bobbio afirma "El paso que dio la jurisprudencia culta más allá de la mera interpretación e integración del texto fue

(102) Alciato. *Oratio in laudem iuris civilis* (en *Opera*, Basilia, 1548) II, pag.539.

el que condujo hacia la ciencia del "sistema": de donde surgieron a partir de la primera mitad del siglo XVI, cada vez con mayor frecuencia, los diferentes intentos de "redigere in artem" el derecho, esto es, de proponer criterios para la ordenación de la inmensa materia de las leyes romanas, en vez de comentarlas según el orden que se habían transmitido. Pero también la sistemática usaba para sus propias construcciones materiales ya dadas, que seguían siendo los proporcionados por el derecho romano, esto es, por un derecho histórico: todo lo más, prefería las Instituciones, es decir, un texto más sistemático, antes que el Digesto"(103).

Los estudios y posteriores recopilaciones así como los comentarios al Corpus Iuris van abriendo el camino al progresivo asentamiento del término sistema. De los tres significados que Losano recoge del "Glosarium mediae et infimae latinatis" respecto al término "systema" encuentra en el tercero de ellos las raíces de

(103)Bobbio, N. **Estudios de Historia de la Filosofía**. Versión castellana de Juan Carlos Bayón y Prólogo de Alfonso Ruíz Miguel. Debate. Madrid, 1985. Pag. 81 y s.

un concepto moderno; imbricado en el saber teológico el "systema" aparece para designar el conjunto de artículos de fe (104). La no recepción del término griego "systema" en el latín clásico hace conectar a Losano el mundo griego con los seguidores de una suerte de humanismo en el que participan estas primeras raíces de la sistemática. Ramón Lull o Pierre de la Ramée pueden ser buena muestras. Sin embargo nos movemos en unos antecedentes que rastreen los conceptos previos allí donde no aparece aún el símil filológico. Pierre de Ramée habla tan sólo de "syllogismi conjuncti" o de "syllogismi simplices" como afirma Ueberweg (105).

En las anotaciones de los Glosadores y de los Comentaristas al Corpus iuris vamos a encontrar antecedentes de la idea de sistema. Losano entiende que en el siglo XIV los Comentaristas van a concebir al Derecho romano como "ratio scripta", separándose

(104) Losano, Los dos primeros son los clásicos: "a. Cualquier forma de unión o conexión y b. la estructura del cosmos". Obra citada, pag. 27.

(105) Ueberweg. *Grundriss der Geschichte der Philosophie*, Band, Berlín 1896, pag. 35.

posteriormente del tenor del texto para concebir el ordenamiento como una totalidad (106). Toda ello aparece vinculado al término "suma" más adecuado y coetáneo. Sin embargo en las primeras comprensiones que intentan comentar la "suma" desde una perspectiva racionalizadora y abstracta podemos configurar un primer boceto del sistema. El *Corpus iuris* no tenía una estructura sistemática, sino que son los comentarios posteriores los que nos permiten iniciar la trayectoria de esta idea. Los principios generales implícitos en el *Corpus Iuris* quedan expuestos en los **Brocharda** . De igual manera las "summulae" son los ladrillos en forma de argumentos jurídicos que van formando un primer edificio, que la perspectiva histórica entiende como tal, para quedar reunida en una "suma" que goza desde esta perspectiva de una relativa autonomía. Sobre esta traducción-desvirtuación del **Corpus Iuris** en tanto que es acotado desde una sistemática de la que carecía añade Losano: "l'ordine dei passi del **Corpus Iuris** non è più rispettato, il ricorso al principio logico della distinctio o divisio permette di

(106) Losano. Obra citada, pag.31.

scindere un concetto contenuto nella compilazione giustiniana, al fine di riunirlo ad altri. Inizia così quella particolare forma di pensiero sistematico che, col nome di dogmatica giuridica, dominerà la guirisprudenza europea-continental fino ai giorni nostri.

"(107) Losano se apresurará a intentar demostrar que dogmática y sistema jurídico no son nociones coincidentes.

El Derecho natural en el siglo XV ha sido caracterizado por Fassó por el enfrentamiento entre voluntarismo y racionalismo (108). Ambas tendencias quedan representadas por el pensamiento de Guillermo de Ockham y Tomás de Aquino. La razón será el correcto método para la aproximación a la ley natural y para comprender la justicia divina. Esta racionalidad es sustituida por la voluntad en el pensamiento de Ockham . La identificación entre razón y voluntad que se producía en el pensamiento tomista con la

(107) Losano. Obra citada, pag. 30.

(108) *Storia della filosofia del diritto*. 3 Volúmenes. Il Mulino. Bologna, 1966. Versión castellana: *Historia de la filosofía del Derecho*. Ediciones Pirámide. Madrid, 1982. Tomo II, La Edad Moderna. Pag. 16 y ss.

subsunción de la segunda dentro de la inmutable racionalidad divina, encuentra en el creador del nominalismo un balance opuesto. La voluntad divina y la humana como reflejo se hallan por encima del criterio racional siendo éste el medio por el cual el hombre puede comprender la voluntad de Dios. Este debate de primer orden teológico encuentra su traducción jurídico-política en el marco de lo que Peces-Barba ha entendido como el "tránsito a la modernidad". Para este autor la ruptura con el pensamiento medieval se concreta a través del surgimiento de dos éticas diferentes: la ética de la gracia y la ética de la libertad, escindidas del viejo tronco de la ética católica medieval que integraba ambas dimensiones. Serán los dos caminos que parten de un pensamiento que mantenía desde el aristotelismo un equilibrio entre la gracia y la libertad (109).

(109)"La Edad Media, a través del pensamiento cristiano mayoritario, el pensamiento aristotélico tomista, había construido un ingente y equilibrado edificio ético de la gracia y de la libertad. Esta concepción "afirmaba a la vez la plena gratuidad, la soberana libertad y la eficacia de la gracia divina y la realidad del libre arbitrio humano", es decir, la armonía entre la actuación de la gracia divina que actúa en el interior del hombre compatible con el libre albedrío que otorga al hombre un papel protagonista en su salvación". En **Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales**. Mezquita, Madrid, 1982, pag.70 donde se incluye la cita de Maritain, **L'humanisme intégral**, Aubier. París, 1ª Ed. 1936, pag.23. En esta obra de Maritain aparece por vez primera esta distinción de la ética de la gracia y de la libertad.

En ambas se retiene la cultura renacentista primitiva y se desarrolla un humanismo de corte individualista, aunque ya veremos con que atribuciones en cada una de las tendencias. La influencia de este pensamiento puede encontrarse más en la tradición ciceroniana que en la del mismo Aristóteles, fuente maltratada por comentaristas que a través de autores iusnaturalistas de corte racionalista han querido ver la sombra del Estagirita e influencias que tenían como base al individuo. Villey denunciará alguna de estas incorrectas interpretaciones con el fin de indagar las fuentes del pensamiento individualista que parten del hombre.

Cuando Villey comenta el Derecho en la **Política** de Althusio, destaca en primer lugar el carácter que tiene la política como antesala del Derecho. Y a través de esta política encuentra Villey en este autor la adecuada fuente del individualismo racional de Cicerón y no de Aristóteles. Aristóteles entiende al hombre como

"naturalmente" político en tanto que habitante de la ciudad, con las relaciones jurídicas que de ello

devienen y de su relación con los demás sujetos. Cicerón sin embargo entiende al hombre como "sociable " pero parte del individuo y no del hombre como integrante de la "polis" (110). La opción de Althusio, y después veremos que la de la mayoría de los pensadores del iusnaturalismo que preparan el Estado moderno será para Villey esta segunda. De igual manera se destaca la incorrecta interpretación de la obra de Aristóteles en el pensamiento contemporáneo cuando Villey comenta la obra de Grocio (111), la obra de Hobbes (112) y la teoría de los fines del Derecho (113).

(110)Villey.*La formation de la pensée juridique moderne*. Montchrestien, París. 1975 .Pag.585.

(111) Villey, M. Obra citada, pag. 597 y ss.

(112) Villey, M. Obra citada, pag. 635 y ss.

(113) Villey, M. Obra citada, pag. 647 y ss.

Conecta el autor francés el pensamiento ciceroniano con la moral estoica y esta filosofía -de raíz y desarrollo ajeno al ámbito jurídico pero que alumbra con sus especiales creencias una gran parte de la base iusnaturalista racionalista - inundará los orígenes doctrinales del Renacimiento y el denominado neo-estoicismo se aliara a la reacción de esta época frente al aristotelismo en materias como la citada (114).

Si vinculamos esta trayectoria a una primera aproximación a los valores en la cultura renacentista, hay que tener en cuenta nuevamente el "fin" como sinónimo de sentido del Derecho, como espíritu que late detrás de los textos escritos y al que va a respaldar la fuerza del poder que se está gestando. Ya veremos como esta fuerza tiene en la historia de la filosofía jurídica diferentes sentidos, explicaciones y justificaciones.

El proceso de progresiva reducción de toda fuerza para

(114) Villey, M. Obra citada, pag. 585.

quedar cada vez más cerca de la coacción monopolizada por el Estado, es uno de los elementos cruciales tal y como ha observado Peces-Barba, en la configuración de los nuevos derechos fundamentales. Quizás la idea de "fin" queda vinculada inescindiblemente al sujeto de la misma en tanto que proyecta una serie de intereses en el Ordenamiento jurídico. A través del fin históricamente se confrontan las directrices del Derecho y lo que el Estado moderno ha ido configurando a través de dicho Derecho. Frente a una moralidad que el iusnaturalismo racionalista hacía fuente del Derecho la perspectiva de los fines permite hacer un diagnóstico más ajustado a la realidad y observar los objetivos jurídicos. Cuando Vico plantea en la primera mitad del siglo XVIII lo que se ha entendido como la "heterogénesis de los fines", realiza una disección moral y jurídica del iusnaturalismo. Si a través de los grandes teóricos de la distinción entre Derecho y Moral -como Thomasio o Pufendorf - podemos realizar el primer gran ajuste para comprender el ámbito externo del Ordenamiento jurídico, a través de la teoría de los fines -que hereda la distinción anterior y la desarrolla- se

produce históricamente una disección interna. Así Vico, sin realizar una separación externa entre el Derecho y la teología, la realiza internamente a través de la racionalización de la Providencia religiosa. En el ámbito de los fines dirige Vico el Estado desde el Derecho hacia unos fines proyectados por el hombre conforme al "sentido común de cada pueblo o nación" compatibilizándolo con la idea de que la "Divina Providencia es Arquitecta de ese Mundo de las Naciones".

Esta compatibilidad se fortalece con la perspectiva histórica de Vico, que rechaza el iusnaturalismo de Grocio quien establecía según Vico un esquema apriorístico que no se compatibilizaba bien con el desarrollo de las costumbres de los pueblos. En la formulación de Vico de los fines ya ha entronizado esta incompatibilidad.

No sólo contamos con un arsenal de conceptos que necesariamente son históricos, sino que también las relaciones en las

que son susceptibles de caer dichos conceptos no lo son menos. - Strauss critica precisamente el historicismo en cuanto descubre que la andadura de esta corriente que se convierte en ciencia con Vico, prescinde de los mínimos contenidos de inmutable racionalidad. Para Strauss el cambio del valor por la pura facticidad provoca en el historicismo su gran desviación de la idea bajo la que nació. Así entendido -añade- "el historicismo conduce al nihilismo" (115). La capacidad del historicismo para poner en continua relación los elementos coyunturales puede dejar en manos del lector el mecanismo de abstracción que le lleve a deducir argumentos o razonamientos. Estos razonamientos también puede ser ofrecidos a modo de conclusión por quien, utilizando el método histórico, destaca los hechos a su juicio más interesantes. Esta labor exige, bien es cierto una primera valoración en los hechos "destacables". Dicha valora-

(115) Leo Strauss. **Natural Rights and History**. University of Chicago Press, 1953, Chicago. Versión francesa: **Droit Naturel et Histoire**. Flammarion 1954. Pag. 29 y ss. de. Sobre esta relación ver mi artículo **Notas sobre "los valores superiores"**, de Gregorio Peces-Barba. En **El fundamento de los derechos humanos**. Obra colectiva. Debate. Madrid, Madrid 1989, Pag. 215 y ss.

ción se mantiene desde la primera aproximación hasta la última de las conclusiones porque no sólo es subjetiva la valoración de los "objetos" finales sino también la extracción de determinados eventos diacrónicos del resto de sus datos coetáneos, por muy evidentes que parezcan.

Esta subjetividad que da paso casi inescindiblemente a la valoración-"valoración individual" o "colectiva" si es que existe realmente esta diferencia- puede ser entendida como un obstáculo para la existencia de una verdadera ciencia de la historia. Por otro lado, igualmente, puede ser entendida como la premisa mayor de un silogismo que tiene como conclusión la incapacidad de entender el historicismo si no es a través de los valores que la atraviesan. La perspectiva citada de Strauss sirve de ejemplo para quienes creen que el historicismo que niega los mínimos valores que parecen inmutables ha condenado su capacidad para ser un instrumento adecuado para comprender la historia.

Denominamos "ciencia" a la que utiliza métodos científicos (116), y en ella cabe la valoración en tanto que es una ciencia nacida de la inteligencia y del pensamiento humano, incapaz de abstraerse de su propia subjetividad de manera absoluta, afortunadamente. Ello significa que traslada a su método las valoraciones de igual manera, dado que éste también es una construcción artificial. Tras superar este primer nivel de base inevitablemente valorativa, nada nos hace suponer que la racionalidad, que Strauss esgrime con la misma seguridad con la que Tomás de Aquino hablaba de "verdad" y Marcel o Maritain de "lo humano", pueda llenarse de conceptos racionales inmutables, por pocos que ellos sean. Difícilmente podrá imputar Strauss la falta de este mínimo objetivismo en el método- en el sentido de carencia de elementos objetivos racionales -- cuando dicho método, ha expuesto

(116) En el campo jurídico Larenz al hablar de Heck, dice: "El sólo reconoce una ciencia del Derecho, y esto seguramente con razón si es que, por lo demás, la Ciencia "práctica" del Derecho es realmente una "ciencia", es decir, que se sirve de un método científico". **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, Vierte, ergänzte Auflage, 1979. Versión castellana **Metodología de la Ciencia del Derecho**,. 1ª Ed. Ariel, Barcelona, Caracas, México 1966, Versión castellana de E. Gimbernat. 2ª Ed. Versión castellana de M. Rodríguez Molinero. Ariel, Barcelona, Caracas, México 1980, pag.72.

en numerosas ocasiones, a fuerza de proyectarse sobre la sucesión de hechos en el tiempo, la inexistencia del citado elemento "a priori" de carácter inmutable. Raymond Aron comparte la cita de Meinecke cuando afirma: "Lo que Meinecke llama Historicismo, la conciencia atenta a existencias vividas y a las obras creadas por el hombre a través de siglos en su riqueza inagotable, es incontestablemente un rasgo esencial de nuestra conciencia histórica"(117).

Quizá pretende Strauss identificar ciertos datos más estables en la base, no ya del método histórico, sino de la propia condición del hombre para imputar las estructuras objetivas y estáticas que arrastra la metodología historicista. A este respecto Aron entiende a los seres humanos como seres históricos. El historiador es intérprete de estos hombres y afirma: "Pero estos hombres cambiantes tienen también rasgos comunes, a falta de los

(117)Aron.*Dimensions de la conscience historique*.Plon,París 1961,-1964.Versión castellana.*Dimensiones de la conciencia histórica*,Fondo de Cultura Económica,México,1983.Pag.32.

cuales el historiador sería incapaz de comprenderlos. La comprensión histórica consiste en captar lo diferente a partir de lo semejante, o lo semejante a partir de lo diferente"(118) y refiriéndose a un ejemplo concreto que utiliza en su argumento respecto del curso del socialismo de Lenin a Jrúschov prosigue: "En el ejemplo que hemos elegido, las diferencias se sitúan en el plano de la representación del mundo, de la jerarquía de los valores, de las reglas tácticas de acción, de los objetivos últimos, de las hipótesis sobre el curso de la historia: en pocas palabras, del modo de pensar el mundo histórico-político. Traduzcamos en términos abstractos la lección de este ejemplo: el hombre que cambia a través de las sociedades y los tiempos es el hombre de la cultura. Estos cambios no son incompatibles con la estabilidad del hombre biológico, las funciones propiamente lógicas o los mecanismos psicológicos. El hombre soviético no tiene una ciencia física socialista, rechaza el psicoanálisis pero los psicoanalistas no admiten la necesidad de adoptar otras teorías para comprenderlos. El psicoanálisis explica a los hombres

(118)Aron, Obra citada, Pag.69.

distintos por la aplicación de los mismos conceptos" (119). Y más adelante : "La unidad de interpretación no existe en el conocimiento porque la unidad del principio formador no existe tal vez en lo real" (120).

Históricamente esta visión que aproxima nuestro tema desde una posición relativista en el método tiene un origen claro en el propio iusnaturalismo racionalista. Bodino refleja estos caracteres de manera profética en su acercamiento a la ciencia de la historia (121).

Aunque puede resultar un lugar común de cualquier reflexión diacrónica sobre el mundo y sus ideas, al centrarnos en lo que después de Michelet entendemos por Renacimiento, el emplazamiento preponderante de la razón humana es el gran elemento en

(119) Aron, Obra citada, Pag.70.

(120) Aron, Obra citada, Pag.72

(121) En este aspecto es notable su *Methodus ad facilem historiarum cognitionem*, Vrin. París ,1956.

el conjunto de fuerzas que limitan la historia en esta época. La razón del hombre construye una nueva época porque la confianza de una nueva era exige no sólo un nuevo objeto y centro de atención de los estudios y de las formas de vida sino también la necesidad de un nuevo criterio. En este caso ambas exigencias se unen en la racionalidad del hombre: es el objeto del estudio a la vez que su método. Y esta confluencia anuncia, con la herencia imprescindible de la Edad Media, el inicio de la Edad Moderna que desconfía de la experiencia como único instrumento de conocimiento por un lado, al igual que se aparta, por otro lado, del realismo del Mundo Antiguo y de la Edad Media. En una primera aproximación al reflejo de esta mentalidad en el ámbito jurídico Recasens afirma: "Parejamente, el hombre moderno, en la meditación sobre los problemas jurídicos, trata de elaborar un esquema de Derecho fundado única y exclusivamente en la reflexión racional pura, volviendo la espalda a la historia. La multiformidad histórica del Derecho positivo es sólo el testimonio de los fracasos y de las aberraciones del hombre. El auténtico Derecho es el Derecho

natural, aquel que descubre la razón pura"(122).

En la "Condition de l'homme moderne", Hannah Arendt destaca tres grandes rasgos de las señas de identidad de este hombre-época: el trabajo, la obra y la acción (123). La razón humana es el gran ausente en el índice del volumen; del recorrido de sus páginas y por esta cuidadosa exclusión se extrae paradójicamente que la razón es el misterioso factor omnipresente. Si recogemos la razón y la historia como dos polos absolutos de una tensión constante, el primero protagoniza el pensamiento iusnaturalista de forma excluyente respecto al segundo, sobre todo desde el siglo XVI en adelante (124). Autores como Althusius, Grocio,

(122) Recasens Siches. Obra citada, Pag. 433.

(123) Arendt, Hannah. **Condition de l'homme moderne**. Calmann-Lévy, 1961. Traducido del inglés, **Human Condition**. 1958.

(124) Ver Ernst Bloch. **Vorlesungen zur Philosophie der Renaissance**. Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main. 1972. Versión francesa: **La philosophie de la Renaissance**. Petit Bibliothèque Payot. Paris, 1974. Pag. 6 y ss. y 12 y ss. Es interesante también el contraste de Alfred Von Martin. **Soziologie der Renaissance**. Ferdinand Enke Verlag. Stuttgart, 1932. Versión castellana: **Sociología del Renacimiento**. Fondo de Cultura Económica. Mexico, 1988. (1ª ed. 1946). Pag. 30 y ss.

Wolff, Pufendorf, Thomasio, Burlamaqui o Hobbes van a utilizar este instrumento con radical preponderancia.



II. IUSNATURALISMO RACIONALISTA: VALORES Y SISTEMA.

1. LOS ORIGENES.

Estos caracteres absolutos han sido heredados de una corriente común que fluye desde Grecia y que consiste en intentar explicar todo el universo desde una visión totalizadora. Ya sea a través de un fin que explica todo lo demás, ya desde la omnipotencia de un método sacralizado.

En el pensamiento griego Platón rechaza un tratamiento

de una naturaleza cegada por la experiencia. Esta mostraba su incapacidad de dejar transcender hasta las primeras explicaciones de la realidad no justificada. La diversidad se convertía así en una evidencia tan compleja que la experiencia sólo daba paso al caos. Platón emerge con un nuevo instrumento, la razón, capaz de recoger la Idea y el verdadero ser de cada elemento.

Cuando el autor griego se refiere a esta concepción de la totalidad en el ámbito jurídico no es más que una traducción de lo que el entiende para el orbe en general. Al servir a la idea de justicia, pone al Estado bajo esta finalidad última y la política reflejada en **La República** es la traslación simple de las exigencias intelectuales de un individuo a una sociedad. La aportación consiste en que este fin puede ser logrado por el intelecto de cada individuo. Lo que en el campo moral es la justicia para cada ser humano se trasplanta a ese otro cuerpo llamado Estado. La razón para el primero la incorporan los magistrados para el segundo. La idea del filósofo rey sintoniza igualmente con este racionalismo.

Lo que nos aproxima al campo axiológico es que el fin último de Platón, la justicia, se compone de armonía y de unidad. En ambas participa tanto el individuo consigo mismo como la sociedad en su formación y acción. La comunidad a través de sus magistrados prueba esta máxima armonía por la acción que tiene en la virtud su regla máxima. La razón es entendida como la guía capaz de llegar hasta elementos de la virtud como la sabiduría o la prudencia.

En el contexto la unidad y la armonía son atributos de la justicia. Para lograr alcanzar la justicia, que es una idea superior, por un lado contamos con la razón, y por otro con una creencia superior, que consiste en situar las ideas precedentes en una cierta unidad y que en ella todo lo anterior va a ser encontrado. Se mantiene al mismo tiempo la convicción de que una cierta unidad puede ser alcanzada y mantenida.

Esta creencia por un lado y la racionalidad extrema por

el otro bajo los principios de **La República** encuentran dificultades para enfrentarse a los datos empiricos que Platón repasa en "Las leyes". La experiencia y la empirie no cuentan ni con los límites abstractos racionalizadores y dificilmente expresan en sus manifestaciones ideas de unidad y armonia alguna. En esta confrontación resuelve el autor griego a favor del intelectualismo aunque sin solucionar los problemas prácticos de una forma sólida.

Platón no puede ser entendido aisladamente en la historia de la filosofía, al igual que la inmensa mayoría de los pensadores. En este caso la fuente de la filosofía presocrática le aporta un caudal de hipótesis que tienen en gran parte conexiones con la pluralidad y la unidad. Así los "cosmólogos" se inspiran en la unidad cósmica. Copleston afirma: "Suele decirse a menudo que la filosofía griega gira en torno al problema de lo Uno y lo Múltiple. En las fases más primitivas de ella encontramos ya la noción de la unidad: las cosas se transforman unas en otras... por consiguiente, ha de haber algún sustrato común, algún principio último, cierta

unidad, subyacente a la diversidad. Tales declara que ese principio común es el agua; Anaxímedes, que el aire; Heráclito que el fuego: se decide cada uno por un principio diferente, pero los tres creen en un principio último" (125).

Así Tales veía en el todo la última explicación del universo, como los cosmólogos entendían de igual manera la unidad. Sin embargo los tratamientos de lo uno y lo múltiple que podemos retrotraer hasta los albores de la historia de la filosofía, y que podemos alargar hasta nuestros días tiene algunos hitos importantes en el estudio axiológico del sistema.

El fracaso de los presocráticos por reconstruir la unidad da paso a la capacidad de Platón y Aristóteles para intentarlo. El tratamiento del nivel de comprensión se fortalece con la teoría del conocimiento de Platón que parte de dos presupuestos: el conoci-

(125) Copleston, F. *A History of Philosophy*. Burns and Oates Ltd. Versión castellana: *Historia de la Filosofía*. Ariel. Barcelona, 1984. Tomo I. Pág.87.

miento debe ser infalible y acerca de "lo real". En su diálogo **Teeteses o de la ciencia (126)** aparta los objetos que aparecen en la experiencia sensible del verdadero conocimiento y con ello excluye la percepción sensible como base del método epistemológico. En este sentido Platón de una manera evidentemente más sólida anuncia un sistema dado que sitúa su teoría del conocimiento en el apriorismo de entender que lo cognoscible lo es desde el todo, desde el sistema perfecto. Este sistema es cognoscible desde la idea de un conocimiento infalible. Aunque Platón recoge de Protágoras la posibilidad de la relatividad de los sentidos, rechaza todo relativismo universal dada la condición de la infalibilidad del conocimiento. El objeto del conocimiento, analiza Copleston: "ha de ser estable y permanente, fijo, susceptible de definición clara y científica, cual es la de universal, según lo comprendió Sócrates" **(127)**.

(126) Platón. **Diálogos**. Porrúa, pag. 295 y ss.

(127) Copleston. Obra citada, Pag.161.

Agnes Heller entiende "La filosofía, da quando esiste, opera con categoria di valore . Non solo "applica" spontaneamente tali categorie, come avviene nel pensiero comune, ne s'interroga anche riflessivamente nelle loro genesi e funzione, sul loro rapporto reciproco, sulla fonte della loro validità, l'analisi, del rapporto tra i "beni" e la "virtù"(128).

Esta reflexión que se dirige seguidamente en torno a la Revolución francesa como orientación -negativa porque se refiere a que entonces no existe un concepto universal del valor, y sin embargo frente a Kant, parece que cobra gran sentido en las raíces platónicas dado que en este autor el objeto de conocimiento se funde con la idea axiológica y el valor es a la vez fin último del conocimiento y elemento constitutivo que forma parte de todo objeto cognoscible.

(128) Heller, Agnes. *Per una teoria marxista dei valori*". Editori Reuniti. Roma, 1974. Pag.10.

Su teoría del conocimiento esta intimamente entroncada con la teoría moral. Esta teoría moral, al ser eudemonista, busca la felicidad verdadera. Platón entiende que se logra buscando el Bien que es una forma de lo bello. Pero siguiendo a Sócrates acepta la interrelación - que se convierte en el Protágoras en identificación - del conocimiento con la virtud. Así, afirma Sócrates : "la justicia no puede ser impía ni la piedad injusta. La sabiduría es determinada por la virtud (129).

Por lo tanto tenemos en Platón una fuente de la consideración del valor como parte del conocimiento e inescindible de él hasta convertirse en su origen y su objeto. La teoría moral contiene la convicción de que su objeto es cognoscible y absoluto, y la teoría del conocimiento aporta la consideración de la infalibilidad y del sistema previo dentro de los objetos morales. En este caso tratamos el valor como sinónimo de las diferentes virtudes

(129)Platón.Obra citada.Protágoras o los Sofistas, Pag.105 y ss.

(130).

Recasens afirma que Aristóteles enmarca un propósito de conciliación "de lo absoluto y lo histórico, de lo fijo y lo mudable", que "ya no entablan querella, antes bien trata de armonizarles"(131). Más adelante continúa enetendiendo que para Aristóteles "lo natural no es expresión de una realidad fenoménica regida por leyes causales inmutables; antes bien, lo natural significa un concepto teleológico, valorativo, aquello que se adecúa a su fin, aquello en lo cual la forma, como principio finalista, triunfa sobre cualquier resistencia de la materia" (132).

El carácter teleológico como atributo del valor, es destacado por Recasens y los descubre en Aristóteles. La herencia filosófica del autor griego bebe de las fuentes presocráticas respecto

(130)Valor también como valor concreto o coraje que identifica Platón en un concepto restringido del término.

(131)Recasens.Obra citada., Pag.428.

(132)Recasens, Obra citada.Pag.428.

a esta peculiar teleología, a través de los seres y objetos que participaban de una unidad. Esta idea de unidad que sitúa a los seres y objetos a las órdenes de un fin último o instrumental de las primeras causas se gesta en el pensamiento de autores como Tales que concibe el Uno en todo. Aristóteles en su "Metafísica" alude a la creencia de Tales en el agua como elemento primario de todas las cosas. Copleston insistirá en que en la idea de plantearse la pregunta reside la originalidad del filósofo de Mileto, y no tanto en la respuesta concreta que da, con los razonamientos e hipótesis (133).

La idea concreta -el agua- de Tales se hace genérica en Anaximáandro. La proximidad con la idea que conduce a la unidad y al sistema llega hasta Aristóteles quien asimila la idea de unidad y la proyecta lejos del mito y al lado de la razón.

(133)Copleston. Obra citada, pag.38. "En todo caso la importancia del pensador primitivo consiste en que él fue quien planteó la cuestión acerca de cuál sea la naturaleza última, fundamental, del mundo, y no en la respuesta que él diese de hecho a tal pregunta, ni en las razones con que apoyara su respuesta, fueran las que fuesen".

El iusnaturalismo moderno, preparado a su vez por el humanismo jurídico, ya había recibido la influencia del estoicismo y especialmente de Cicerón (134).

En el iusnaturalismo racionalista se apunta la síntesis entre racionalismo y voluntarismo, entre Derecho natural y Derecho positivo que con los cambios de mentalidad y de situación social, económica, política y jurídica, entre el siglo XVII y la actualidad, aborda similares problemas a los derivados de una integración de los valores como dimensión moral, en el Derecho positivo. El iusnaturalismo racionalista intuía la necesidad de superar el reduccionismo y de considerar que la razón de la justicia tenía que ser fuerte si quería ser eficaz, o si quería alcanzar el fin propuesto. Como veremos, genera con la justificación contractualista del poder, que es uno de sus postulados esenciales, la idea de que los derechos naturales se prolongaban en el Estado de sociedad, siendo su garan-

(134)Vid en este sentido el análisis que hace Villey en **La Formation de la pensée juridique moderne**. Obra citada , especialmente en su segunda parte, pag. 507 y ss. "La jurisprudence humaniste".

tía, y su ampliación en los derechos del ciudadano, el fin principal del poder, y causa del contrato, del "pactum subjectionis".

Al hacer posible la coexistencia de los derechos naturales con la teoría estatal legalista del Derecho el iusnaturalismo racionalista desmiente la fractura y la imposible integración entre la reflexión sobre el Derecho justo y la realidad del Derecho positivo siendo un precedente del esfuerzo de la cultura jurídica moderna que esta tesis pretende identificar, analizar y valorar: el puesto de los valores en el sistema jurídico, la positivación de la moralidad. Con la crisis del iusnaturalismo a finales del siglo XVIII, en el momento en que consiguió incorporar sus postulados al Derecho positivo, con el triunfo de la revolución liberal y la progresiva consolidación de la mentalidad positivista, la gran tentación en la que se cayó, fue cerrar el Derecho positivo a la preocupación ética, es decir, preferir voluntarismo a racionalismo. Actualmente esta postura está muy superada y se ha caído, a veces, en el extremo contrario, con la pérdida de interés por las dimensiones formales del Derecho, como

si la Constitución kelseniana hubiese perdido virtualidad, y lo único importante fuese la reflexión sobre los principios de justicia que se pueden encontrar en un cielo inmutable del Derecho, del que se desprenden las respuestas correctas que cada situación necesita

(135)

La justificación de los valores es otra respuesta distinta de la anterior para superar la pobreza del positivismo voluntarista, estatista y legalista, con una construcción teórica muy sólida que analizaremos en general y referida al Ordenamiento jurídico español, supone una vuelta, con todos los matices que la evolución histórica marca en la cultura jurídica y política para hacer compatible razón y voluntad, razón histórica y voluntad del poder expresada a través del Derecho positivo.

(135) Partiremos para el estudio posterior de textos como: Dworkin, R.M. *The Philosophy of Law*. Oxford University Press. Londres, 1977. Versión castellana: *La filosofía del Derecho*. Fondo de Cultura Económica. México, 1980. En particular en su capítulo II: *¿Es el Derecho un Sistema de Normas?*. También Ollero, A. *Interpretación del Derecho y Positivismo legalista*. Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa, 1982.

El voluntarismo aparece históricamente vinculado a la ideología de forma inescindible. Tarello identifica prácticamente ambos conceptos en el contexto de la formación de los códigos, en los albores de la formación del pensamiento sistemático; "Il diritto è 'volonta':volontà dell'autorità suprema. Da questo primo elemento scarutiscono conseguenza di vastissima portata per la cultura giuridica moderna e contemporanea, e per la vicenda de la codificazione" (136). En esta corriente del pensamiento que interpreta el elemento jurídico a la luz de su conexión con la voluntad soberana, tintando su esencia con este carácter, encontramos a autores como Hobbes , Pufendorf, Thomasio, Barbeyrac o Burlamaqui: "Alla lontana origine di questa ideologia sta certamente il pensiero de Hobbes; ma per tutta la cultura settecentesca, il portatore ed il protagonista di questo modo di pensare fu un giurista della seconda metà del Seicento, cioè Pufendorf; a Pufendorf si recollegano direttamente Thomasius, Barbeyrac, Burlamaqui, e,

(136) Tarello. *Cultura giuridica e politica del diritto*. Il Mulino. Bologna, 1988. Pag. 44.

indirettamente, Voltaire e coloro che si misero sulla strada indicata da questo instancabile propagandista dei lumi" (137).

2. GROCIO

En la escuela del Derecho natural encontramos dos elementos que aparecen en la filosofía de los valores jurídicos y que cultiva esta corriente doctrinal de un modo contradictorio. Los factores razón y voluntad van a ser decisivos en la caracterización, no sólo jurídica sino filosófica en el marco de la Escuela de Derecho natural y va a trasladar sus inquietudes a las etapas posteriores.

El tratamiento de la razón va a estar yuxtapuesto a las diferentes creencias que conoce el tiempo de la Reforma. Hugo

(137) Tarello. Obra citada, pag.51

Grocio nace en medio de la disputa entre arminianos y gomaristas, cuyas interpretaciones sobre la gracia, la predestinación y la voluntad divina respecto del hombre y su libre albedrío van a dividir hasta el enfrentamiento armado a las dos sectas calvinistas. Al igual que siente en su propia biografía la tensión entre voluntad y razón, en la producción científica serán ambos principios entre los que oscila el pensamiento grociano; "De praedae" (138) y la anti-voluntarista "De iure belli ac pacis" son sus expresiones escritas.

Sin embargo y a pesar de la tesis sostenida por Tomás de Aquino (139), y después por Strauss (140), sobre la incapacidad del historicismo para hacerse con las riendas de un

(138) En el mismo sentido en "De imperio summarum potestatum circa sacra" (1614).

(139) Ver la crítica que Brimo realiza sobre la materia recogiendo las tesis de Kelsen. Brimo, A. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Ed. A. Pedone. Paris, 1967. Pag. 62 y ss.

(140) Strauss. *Droit Naturel et Histoire*. Flammarion 1954. Versión francesa de *Natural Rights and History*. University of Chicago Press, 1953, Chicago.

análisis riguroso (141), la perspectiva diacrónica rehace las líneas más o menos ocultas que como los antiguos caminos reales se han vuelto a hacer visibles a fuerza de ser recorridos. Si en Pufendorf reside una gran capacidad pragmática para desarrollar el sistema en conjunción con la voluntad asistemática del soberano, encontramos en su maestro, Hugo Grocio, la capacidad de romper principios cuyo anquilosamiento transmitían una falsa virtud a los esquemas ortodoxos. En esta línea Grocio despeja algunas cuestiones relativas a la consideración de términos como justo o injusto, que Pufendorf hereda. Grocio reacciona contra el sentido aristotélico que encierra la justicia en los términos de la moderación (142). En los Prolegómenos reconsidera esta ambición aristotélica de que el jurista debe consagrarse a la búsqueda de lo justo (143) y la

(141) Grocio. *Prolegómenos del Del Derecho de la Guerra y de la Paz*. Citada por la edición del Centro de Estudios Constitucionales, (ya citada) Pag.48. Ver su consideración de la historia.

(142) *De iure Praedae*. 1605. Versión castellana: Primitivo Mariño Gómez. *Del Derecho de Presa*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1987. Pag. 3.

(143) *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*,. Citada. I,I,3. "Id quod justum est".

tilda de demasiado ambiciosa. Para Grocio el jurista no puede convertirse en un árbitro de la moralidad ni el Derecho debe ser el tribunal de esas reglas morales. Las nuevas necesidades en torno a la paz y al orden, impulsan a una renovación de los planteamientos. El enfoque de Grocio produce una instrumentalización de la axiología.

"Quel est le rôle du juriste?. Ce n'est pas de chercher les justes parts qui devraient revenir à chacun. Ce n'est pas un rôle spéculatif. C'est une tâche active, utile: contribuer à l'extinction des désordres et des violences. Il est très significatif que Grotius envisage le droit sous l'angle de la guerre, de la violence (publique o privée) à laquelle il faut mettre un terme ou qu'il faut étouffer dans l'oeuf. Tel est le service qui constitue le devoir propre du juriste, selon cette morale active qu'enseigne le néo-stoïcisme (et dont Bacon ou Descartes resteront nourris) "(144).

(144) Villey. *La Formation de la pensée juridique moderne*. Citada, Pag.620.

El enfoque de Grocio produce una instrumentalización de la axiología. Para producirse, sin embargo, esta instrumentalización, Grocio ha recorrido un largo camino que comienza a ser más corto después de su aportación. Esto es, la presencia de un Derecho que comienza a desglosar su materia de la moral religiosa, y lo que es más importante, la generación de una dinámica que provoca una ética propia que deriva de las necesidades y de las realidades jurídicas. No podemos hablar de escisión entre ambas en un autor que no realiza aportaciones revolucionarias como es Grocio.

Las tendencias contractualistas de Grocio le llevan a los nuevos enunciados que parten de la revisión del Derecho natural. Lo racional y lo social marcan la teoría de Grocio pero esta racionalidad se aplica a un hombre radicalmente diferente al que protagonizaba la Edad Media. Respecto a su primer voluntarismo no difiere esencialmente de Tomás de Aquino; al igual que los escolásticos como Suarez, no presenta una opción muy distante de los calvinistas ortodoxos en materia de voluntad, sobre todo en la referencia a la

voluntad divina. Sin embargo el alejamiento del mundo jurídico de la teología será un progresivo dato, provocado por varios factores.

Una primera causa reside en la disparidad creciente de los fines de una y otra disciplina. Esto se desprende de la intención grociana en su análisis vertido hacia un "Ius Gentium" en donde los sujetos son los Estados. Este Derecho que pretende regular las relaciones internacionales, estaba basado fundamentalmente en un compendio pormenorizado de casos que se yuxtaponían a los principios teológicos informadores de cualquier tratamiento jurídico. La inexistencia de otros principios con "validez" universal hacían pensar en la teología como única base adecuada para satisfacer estos deseos de justicia en el ámbito internacional.

El tratamiento parte de las convicciones romanas que no podían actuar en la resolución práctica de casos , con reglas demasiado abstractas. A pesar de la progresiva sistematización que se produce en general con los autores de la denominada Escuela

Clásica del Derecho natural, en el ámbito internacional se formula la construcción con base en la "casuística" -que Fassó entronca con la institución de la confesión en el ámbito religioso (145).

La construcción dogmática del Derecho Romano aparecía sistemática a partir de las Instituciones de Justiniano y del Digesto. El logrado aparato jurídico vigente hasta 1900, cuando fue derogado en Alemania como Derecho directamente aplicable, repudiaba las reglas abstractas. La inclinación de los juristas romanos hacia la legislación venía determinada por la óptica del caso concreto. Al igual que esto se producía en los albores de la formación del Derecho de un imperio, la necesidad de un "ius gentium", que los estoicos ya habían anunciado y que autores inmediatamente anteriores a Grocio comenzaban a exponer (146). Precede a Grocio la racionalidad (no exenta de componentes mitológicos) de los estoicos por un lado y la "casuística"

(145) Fassó. Obra citada, Volumen II. Pag. 68.

(146) Así por ejemplo Alberto Gentili (1552-1608) con "*De iure belli*" (1588-89).

escolástica por el otro. Esta casuística va ser metodológicamente hábil en la moral teológica para enjuiciar casos reales a través de hipotéticos modelos analizados hasta el detalle. La Escuela del Derecho natural que según Pufendorf inicia como gran maestro Grocio, retiene el elemento racional como instrumento ordenador de las manifestaciones divinas. Sin embargo Grocio aporta una finalidad asumida, la del Grocio, que desvía los objetivos jurídicos de los que se marca la teología moral desde el ámbito religioso. La figura de Dios continúa presente pero de una manera indirecta sobre las leyes naturales. El Derecho natural reafirma su carácter en cuanto racional y social: "Derecho natural es el dictado por la recta razón. Este nos enseña que una acción es en sí moralmente torpe o moralmente necesaria, según su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional o social y, por consiguiente, que tal acción está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza" (147). Pero los fines del Derecho natural comienzan a ser de

(147) Grocio *De iure praedae*. Centro de Estudios Constitucionales, edición a cargo de Primitivo Mariño Gomez; Madrid, 1987. Libro I, X.1.

organización y no tanto de juicio moral sobre las acciones. La sentencia que Grocio utiliza en **De iure belli ac pacis**, "Ius est qualitas moralis personae competens ad aliquid juste habendum vel agendum" (148), lleva a medir la moral en la satisfacción de la causa justa. Pero es una moral que va a partir de la razón de forma insistente, si no de manera directa, por la imposibilidad de desglosarla de la teología, sí de manera instrumental (149).

La teología moral que informa el Derecho natural va siendo atraída en la obra de Grocio hasta hacerse partícipe y autónoma. La conocida pero no original sentencia de Grocio, al referirse al Derecho natural en el Prolegómeno anterior afirma: "Ciertamente, lo que hemos dicho tendría lugar, aunque admitiésemos algo que no se puede hacer sin cometer el mayor delito, como es el aceptar que Dios no existe o que Este no se preocupa de lo

(148)Grocio. **De iure belli ac pacis**. Obra citada, I,1,4.

(149) Ver **Del Derecho de la Guerra y de la Paz**. Citada. Prolegómeno 12. Ver también Fassó. Obra citada, Pag.75.

humano" (150). La dinámica razón y voluntad en la formación de la axiología jurídica nace con el debate teológico y se traslada a la moralidad del Derecho no sólo en cuanto a una serie de contenidos que iremos estudiando como síntesis de los valores jurídicos, sino también en lo que se refiere a las coordenadas. Esto es, la razón y la voluntad, su debate en el contexto teológico, tendrán una traslación en cuanto a la formulación sistemática o tópica de los Ordenamientos jurídicos. Su combinación y las diferentes y

(150) "**De iure belli ac pacis**" Prolegomena 11. Grocio repite lo que ya había afirmado Gabriel Biel (1425-1495): "sí, por imposible hipótesis, Dios, que es la razón divina, no existiese, o bien la razón divina no fuese recta, todavía si alguno procede contra la razón recta de los ángeles, o del hombre, o contra cualquier otra, si ésta no existiese en él pecaría" (Biel, **Epitome pariter et collectionum circa quattuor sententiarum libros**, In II, d.35. Recogida por Fassó en el Volumen II de Obra citada, Pag.18.). A su vez Biel toma la sentencia estrictamente de los comentarios de Gregorio de Rimini a las **Sentencias** de Pedro Lombardo, bajo el título de **In I Sententiarum** (d.43,q.1,a.2.), en la primera mitad del siglo XIV. Entre los antecedentes se encuentra Rodrigo de Arriaga en sus **Disputationes theologicae in Primam Secundae D.Thomae**, disp. VII y disp.XIII. Wieacker añade a estos antecedentes un escrito de Francisco de Vitoria en **Relectiones Morales**, II, **De homicidio**, nn.3 ss. (Wieacker- **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**, 2., neubearbeitete Auflage; Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1967. Versión italiana: **Storia del Diritto Privato Moderno. Con particolare riguardo alla Germania**. Giuffrè. Milan, 1980. Volumen I, Pag.441 y 442, nota 34.).

También Grocio en el "**De iure belli ac pacis**", Obra citada, Libro I, Capítulo I, punto 5,: "Es el Derecho Natural tan inmutable que ni siquiera Dios lo puede cambiar. Pues, a pesar de que es infinito su poder, se puede decir que existen cosas a las que su poder no llega".

alternativas supeditaciones de la una a la otra, encarnan la herencia reservada en la formación del Estado, en el concepto de soberanía y en las formulaciones contractualistas. La concepción de los fines del Derecho, que colman un gran parte de la literatura sobre la axiología jurídica, se recorre desde la visión racional o voluntarista que la doctrina ha tenido respecto al soberano, respecto al legislador, al intérprete del Derecho y del resto de los operadores jurídicos.

El fin que Grocio propone para el Derecho tiene como trasfondo la seguridad, y la paz como rechazo de un alterado orden anterior que numerosos autores explican a través de la biografía de Grocio (151). Este valor, que es el punto de partida, se enmarca en la cultura tradicional que Grocio comparte a pesar de sus tendencias innovadoras. Grocio previamente toma el carácter

(151) En este sentido se esfuerza Grocio en incluir en sus obras una gran cantidad de referencias al Derecho positivo, un sistema en donde se incorporan y describen las instituciones jurídicas de su época, y en rechazar el derecho de resistencia. Las vivencias personales, al igual que en Hobbes, reflejan a la vez sus necesidades trasladadas al sistema jurídico postulado.

racional y social del hombre como inspiración de todo el Derecho. Los valores de seguridad y de paz aparecen no sólo como fines de una construcción dogmática sino que se hacen presentes en un tratamiento del Derecho natural orientado a su pragmática. Sin embargo los fines en la Escuela de Derecho natural -y quizá por un componente teórico insalvable en esta materia el fin se desprende del principio del que arranca y éste es parte inescindible del fin propuesto en todo lugar y tiempo que se plantee, no siendo, por tanto, una dimensión exclusiva de la Escuela de Derecho natural- se fundan en la convicción de la universalidad de ciertos principios sobre cuya solidez debe construirse el sistema jurídico. Los intentos históricos desde los estoicos por pronunciar un acuerdo universal sobre los principios comunes llegan hasta la Escuela de Derecho natural, y Grocio intenta salvar la problemática de la paradójica falta de acuerdo entre los tratadistas con tres principios fundamentales; mantener los pactos **(152)**, del que derivan, la abstención de lo

(152) Prolegómeno 15. "Deinde vero, cum iuris naturae sit stare pactis". De este principio máximo de respetar los pactos deriva Grocio el nacimiento del Derecho civil en el mismo Prolegómeno.

ajeno y "si algo tenemos o de ello nos hubieramos lucrado, la restitución, la obligación de cumplir las promesas, la reparación de un daño por culpa y el merecimiento de la pena entre los hombres" (153).

Grocio entiende que este comportamiento que se basa en un acuerdo previo y esencial viene de un principio de Derecho natural. Pero el principio de Derecho natural se presenta no como un valor sino como un objeto que es aprehendido por el conocimiento humano. Este intermedio convierte al dato previo en los principios que Grocio formula. La restitución de lo apropiado indebidamente, la obligación de cumplir las promesas, la reparación de un daño por culpa y el merecimiento de la pena entre los hombres son el dictado de esos objetos de Derecho natural según han sido convertidos en **valores** por el entendimiento y la moral humanas a la vez que su jerarquización - en este caso en los pilares del desarrollo ulterior - entre todos los posibles. Sin embargo Grocio

anula el objeto como dictado de la naturaleza ya que entiende que en ella misma está el sentido de lo injusto y de lo justo : "Pero lo que aquí dice el filósofo, que sigue también el poeta : 'Ni la naturaleza puede distinguir lo injusto de lo justo', en absoluto puede admitirse. Pues el hombre es un ser animado, pero en grado eximio, y dista mucho más de todo el resto de los vivientes que los demás géneros entre sí, como lo testimonian muchas acciones propias de su género. Entre éstas, entre las que son propias del hombre, está el deseo de comunidad, o sea, de sociedad, no de una sociedad cualquiera, sino de una tranquila y ordenada según su propio entendimiento, con los que son de su mismo género. A ésta la llamaban los estóicos "oikōíwōiv". Luego lo que se dice de que todo animal busca sólo su propia utilidad, no debe admitirse de modo general "(154). El hombre tan sólo debe seguir estos principios rectamente y no desviarse.

(154) Obra citada, Prolegomeno 6.

Grocio plasma paralelamente al sistema de Derecho natural un sistema de Derecho positivo basado en los principios de Derecho natural pero con una jerarquización propia. Grocio inaugura una corriente asentada en el Derecho de Gentes con dos caracteres fuertemente marcados. Su sentido pragmático, acomodado a la tensa situación de finales del siglo XVI, y un sentido histórico, por otro lado, que le distancia del resto de la Escuela de Derecho natural. Si la pragmática con la que interpreta el contenido racional para afrontar los problemas del Derecho en las relaciones político-jurídicas entre los Estados la diferencia de sus antecesores, el componente historicista en su pensamiento le aisla definitivamente de los iusnaturalistas racionalistas posteriores.

a. Pragmatica e historicismo.

El componente pragmático de Grocio parte de su preocupación por el Ius Gentium. Ante la necesidad de responder

por encargo de un caso puntual de la Compañía holandesa de las Indias Orientales -frente a los intereses portugueses y españoles para controlar el mercado marítimo- Grocio redacta el "De iure Prae-dae", ignorado hasta 1864. Si bien Grocio es uno de los representantes de la Escuela Clásica del Derecho natural hay que decir que no mantiene los valores en el mismo nivel que sus predecesores ni que sus coetáneos.

Para Grocio el Derecho conforme a la naturaleza -que es "racional" y "social" **(155)** - se asienta en la sociabilidad humana como principio básico. Esta sociabilidad es herencia aristotélica y transmite su condición previa a lo jurídico. Pero el otro principio, la racionalidad parte de la naturaleza. Los antecesores desde Aristóteles a los juristas romanos, desde Isidoro de Sevilla, Tomás de Aquino, Juan de Legnano, Tomás de Vitoria, Suárez,

(155) Grocio. *De iure belli ac pacis*. Obra citada, Libro I, Capítulo I, X.I. "Derecho Natural es el dictado por la recta razón. Este nos enseña que una acción es en sí moralmente torpe o moralmente necesaria, según su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional y, por consiguiente, que tal acción está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza".

Baltasar de Ayala, Covarrubias, Domingo de Soto hasta Vazquez de Menchaca, ofrecen un planteamiento diferente del que parte Grocio. Si bien han planteado éstos el apriorismo de la razón será sin la distinción que Grocio va a hacer. Al partir de la naturaleza humana, no se configura como un ideal o como un valor, sino que de ella parten los caracteres de racionalidad y sociabilidad. Frente a Tomás de Aquino, que considera la ley natural como informadora de la existencia de la Ley divina, Grocio va a introducir algo, que si utilizamos la terminología de Montesquieu, denominaremos como "cuerpos intermedios". Sin poner en duda el origen divino de todo Derecho natural, Grocio confiere a éste una relativa autonomía y de la misma naturaleza hará partir el elemento racional y el elemento social. Con ello consigue una gradación en la que va a ser más fácil introducir los factores necesarios para la progresiva diferenciación entre voluntad y racionalidad divinas y voluntad y racionalidad humanas. Con esta distinción la moralidad va a llegar con el bagaje cultural necesario hasta Thomasio, fundamental en la posterior diferenciación en el campo del Derecho. La diferenciación, que en

Tomás de Aquino era ya muy clara, entre el campo del Derecho natural y el del Derecho positivo, comienza a llenarse de un fundamento moral diferenciado progresivamente del teológico desde Grocio en adelante (156).

Para Grocio el Derecho no es más que un tipo de regla moral, extraída del seno de la razón. Sin embargo, para la extracción de los elementos básicos de un Derecho que pudiera tener un ámbito supranacional, en un momento de nacimiento y consolidación de naciones como Estados modernos, utiliza Grocio el sistema deductivo y opta por el **a priorismo**. Brimo afirma: " Grotius manifeste sa preference pour le méthode à priori, car le droit naturel vaut par lui-même; ainsi s'accuse le rationalisme de Grotius jusque dans la méthode. Si l'essentiel du droit naturel est dans son caractère raisonnable et sa finalité sociale. Grotius en cherche cependant les

(156)Villey entiende: "Mais l'effort de Grotius au total tend à fonder directement, dans la mesure du possible, le droit sur la règle de la raison, c'est-à-dire sur la règle **morale** qui devient la source ultime du droit dans le système rationaliste. Nous comprenons pourquoi Grotius a introduit dans son traité les trois règles fondamentales de la morale sociale stoïcienne...
Obra citada, Pag.629 y s.

principes dans le droit privé, en particulier dans le respect du droit de propriété. Il est guidé par sa conception mercantiliste et hollandaise de la liberté et du droit, le respect du tien et du mien, le respect des contrats, la réparation du dommage causé à autrui" (157).

Villey sin embargo destaca - y con ello contradice la opinión de Brimo- que Grocio a pesar de utilizar el método deductivo, recurre a fórmulas que se construyen con elementos "**a posteriori**". Se apresura Villey a no hacer coincidir esta ruptura del modelo aprorístico con lo que Descartes, doce años después, señala como la experiencia - a modo de complemento y rechazado por su Discurso del Método-. Frente al enorme esquema deductivo, en el que la extracción de elementos racionales van surgiendo en cadena desde los primeros axiomas como si de silogismos se tratase, según Villey, Grocio acude a opiniones que completan el esquema sin

(157) Brimo,A. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'état*. Citada .Pag.86 y s.

renunciar a catalogar el edificio concluido de estructura de carácter apriorístico fruto de la razón derivada de la naturaleza.

Afirma Villey: "Le rationalisme juridique, pour rejoindre des solutions viables, est obligé de recourir à des suppositions gratuites; il construit, plus que sur des axiomes qui seraient vraiment rationnels, sur des postulats arbitraires, que l'on insère subrepticement dans les corps de la démonstration: comme les mythes du contrat social, du consentement universel ou de la sagesse de certains des textes juridiques romains. Le droit rationaliste moderne est constitué sur des mythes; il implique des prémisses fausses; il n'est solide qu'en apparence" (158).

La racionalidad se apoya en la moralidad para prolongar una categoría axiológica hasta los resultados de la aplicación de estos instrumentos. La naturaleza no sería ningún principio ni valor alguno, diferente de la categoría que Tomás de Aquino hacía

(158) Villey. Obra citada, Pag.626.

conferir a una ley natural que viene directamente de la naturaleza divina. La sucesiva progresión fortalece en la obra de Grocio una desmembración de elementos, primeramente entre la naturaleza y el Derecho natural, entre la voluntad de Dios de la que parte indirectamente toda moralidad pero que al ser atraída en materia jurídica por el Derecho positivo adquiere el primado de la razón (159). Esta sucesión provoca un fruto diferente en el pionero de la Escuela del Derecho natural. Sin embargo el pragmatismo, que para Villey no es más que una falsa deducción de premisas que no son inamovibles (contractualismo, "sagesse de certains des textes juridiques modernes", etc.) incluidos en el resto de la construcción grociana, conduce más fácilmente a un antecedente de historicismo que el resto de los autores no van a tener.

El "consentement universel" tiene una claro componente histórico en Grocio . No se trata de una hipótesis racional, tal y

(159) En la nota anterior vemos como Villey vincula los tres principios fundamentales extraídos por Grocio a la moral social estoica, y extrae sus propias conclusiones de este dato doctrinal.

como después vemos en Rousseau o en Kant. El pragmatismo grociano se vincula a su historicismo en el sentido de que el plantemiento racional se realiza a través del comentario a las Instituciones y a las soluciones de los problemas planteados en las relaciones jurídicas en el ámbito internacional. La cuestión no será tanto si son suposiciones gratuitas lo que destina el autor holandés a conectar el sistema construido con la solución concreta, sino la vocación de realizar un sistema de "Ius Gentium", frente a la casuística escolástica.

Este sistema se construye a partir de principios básicos de la fundación de un Derecho racional y social. El principio de su estudio es un comentario constante e ingente del Derecho público y del Derecho privado. Y ambos se formulan a través de un pacto, una convención social consolidada por el fortalecimiento del poder soberano. Los valores que subyacen recorren las diferentes necesidades que Grocio exige a este esquema: la paz y la seguridad necesarias en el Derecho que derivan en una base voluntarista en la

formación de un poder soberano que encarne el pacto social. Ello conduce a otro valor fundamental: la libertad que debe existir en la creación del pacto. La exigencia de libertad en la contracción del compromiso social se plantea desde su carácter histórico y no sólo como una premisa hipotética construida racional e intemporalmente. También es un valor consolidado (160), puesto que la irreversibilidad del poder del soberano, (salvo casos tan extremos como simbólicos), así como la afirmación de los derechos subjetivos absolutos, refuerzan esta necesidad previa de Grocio.

Esta interacción entre el afán sistematizador, la inclusión de valores que han acogido los principios como "Pacta sunt servanda" que racionalizan la moral y permiten crear un sustrato desde el que se va a ir vaciando de trascendencia, acomodada a gradual autonomía jurídica; la teología sustentadora de las raíces históricas de la moralidad que el Derecho acoge, que se des-

(160) Brimo afirma que Grocio influye por este elemento en el 1789 francés a través la exigencia de una mayor libertad en **De iure belli ac pacis**.

prende de su fundamentación para ir conformándose a un método más positivista, junto al historicismo cultivado -más excepcional entre sus coetáneos e iusnaturalistas posteriores-, resumen la aportación grociana a la axiología jurídica moderna.

El método positivista puede encontrar en Grocio un fuerte antecedente. Grocio inclinado en sus primeras obras por un voluntarismo que ya distinguía el Derecho natural del Derecho voluntario divino (161), prescinde de él y enfrenta su *De iure belli ac pacis* al principio calvinista gomarista que hacían de la voluntad divina el principio motor (162). Sin embargo la raíz

(161)*De iure belli ac pacis*. Prolegómeno 12. y también I,I,IX,2; I,I,XV,I. En el mismo sentido que Tomás de Aquino desglosaba Ley Natural y Ley Divina.- *Summa theologiae*. Porrúa, Tratado de la Ley. Capítulo V.I,II, cuestión 94.

(162) Algunos autores, vinculan insistentemente la convicción voluntarista y su argumentación a la obra de Duns Scoto. Sobre esto afirma Etienne Gilson: "Uno de los puntos sobre los cuales se equivocan más a menudo en la filosofía de Duns Scoto es el papel que en ella desempeña la voluntad. Ninguna expresión tan empleada como la de "voluntarismo escotista". Y es muy cierto que la voluntad desempeña un papel considerable en su doctrina, pero tiene sus límites, y el más importante de todos, el que bastaría a separar radicalmente a Duns Scoto de aquellos que colocan la voluntad en el origen del ser, es que para él ningún voluntarismo es posible en Dios respecto a Dios. Más precisamente aún, puesto que clasificamos toda moción concebible en natural o voluntaria, es imposible que la moción absolutamente primera, aquella de la cual está suspendido todo lo demás, sea una moción voluntaria.-"

de la gran obra arranca de los valores encarnados por Cicerón, en el racionalismo de los estoicos y la posibilidad de una moral más acorde con el mundo del humanismo, de la Reforma y de las necesidades que el método positivista iba a necesitar en su distinción de la teología con el Derecho como uno de los primeros y fundamentales principios distintivos. Quizás se difumine en el debate lógico si una de las raíces doctrinales del Renacimiento está en la influencia ciceroniana y de la virtud estoica. Quizás el valor del individuo, recién incorporado en el mundo del humanismo sea el clima propicio para hacer renacer posteriormente la vieja escuela de los valores griegos. A veces el argumento que tradicionalmente explica la relación causa-efecto - "post hoc ergo propter hoc"- en este caso

Lo que está en el principio no puede ser sino una naturaleza, no una voluntad. La razón de este hecho es fácil de comprender. Para querer hay que conocer; el acto por el cual el objeto querido se hace conocer al intelecto; ahora bien: la moción del intelecto por el objeto es una moción natural; ha de haber, pues, una moción natural anteriormente a todo acto de voluntad. Aplíquense ahora, por más impropias que sean cuando se trata de Dios, las distinciones que preceden, y se verá salir la solución del problema por vía de consecuencia necesaria." *L'esprit de la philosophie médiévale*. Vrin. París, - 1979. Versión Castellana *El espíritu de la filosofía medieval*, Rialp. Madrid, 1981. Pag. 250. Fassó prefiere hablar respecto al voluntarismo, más que de la filosofía de Scoto, de "ockhamismo primero y después luteranismo y calvinismo" para recoger las corrientes que identifican el Derecho Natural con la ley positiva de Dios. Fassó. Obra citada, Pag. 76.

curso de la historia no es más que la línea extraída del corte de un círculo (163).

b. Objetivismo y subjetivismo.

c.

Grocio se convierte en la figura por excelencia de una transición que discurre entre los teólogos escolásticos medievales hasta el espíritu del iusnaturalismo moderno. Por un lado Grocio no hacía sino expresar una doctrina cuyo núcleo central se explicaba bien desde los pensadores escolásticos (164). Pero Grocio va a ser necesario punto de referencia en esa traslación axiológica en una nuevas coordenadas fundamentales. Grocio llega hasta ellas haciendo una puesta al día de lo que el iusnaturalismo moderno

(163)Siguiendo el comentario de Jesús Ibañez a **La realidad inventada** de Paul Walzlawick. Ed.Gedisa. Buenos Aires- Barcelona, 1989.

(164)Fassó estima que incluso la "impiedad" de sus palabras está también en Tomás de Aquino. Volumen II, Obra citada, Pag.81.

toma como punto de partida, es decir, una noción subjetivista que aparece definitivamente en Descartes y que Grocio, a pesar de no creer abiertamente en ella, sí deja preparada.

El enfrentamiento del iusnaturalismo grociano no corresponde a la distancia que guarda la Edad Media y la Antigüedad con la Edad Moderna en materia de objetivismo y subjetivismo. Los elementos de los que parte Grocio tienen el trasfondo de la voluntad o de la razón divina -dependiendo de la época que obras como *De iure Praedae* y **De iure belli ac pacis** establecen respectivamente- o de la razón humana como materia sometida al desciframiento propio de cualquier objeto. Este objetivismo le emparenta directamente con la concepción de la cultura antigua y medieval que encuadran el Derecho natural en el ámbito objetivo (165). Para comprender mejor el ámbito axiológico jurídico es

(165) Fassó reconoce este tronco básico, a pesar de que rechaza la excesiva simplificación y responde en justos términos: "(...) la presentación del iusnaturalismo antiguo y medieval como simple y totalmente objetivista, ligado al concepto de Derecho natural puesto por la naturaleza física o por la voluntad divina, es demasiado forzada. Existieron, como vimos, en la cultura antigua y medieval concepciones de Derecho natural de esta

necesario ajustar en la medida de nuestras posibilidades el marco de reflexión sobre el que se producen las deducciones e inducciones para adecuar el orbe jurídico al general.

El iusnaturalismo moderno plantea el problema de la adecuación del mundo interior al mundo exterior. El problema se cierra cuando la conexión es concebida desde el prisma de la axiología y desde el Derecho. Desde la axiología porque en el iusnaturalismo racionalista el sistema deductivo ha partido de la necesidad de preservar un fin, unos valores que en toda su extensión se completan con las dimensiones de las necesidades básicas. Antes de deducir un sistema de unos principios, los principios han nacido

especie; entre las primeras la de Ulpiano, continuada durante el Medievo, por la cual el Derecho natural era un instinto de naturaleza, o la escasamente difundida, tomada del comentario de Calcidio al Timeo de Platón, del Derecho natural como justicia cósmica; entre las segundas, el voluntarismo de Ockham y de los primeros protestantes, por el cual el Derecho natural estaba puesto por la voluntad de Dios. Pero como también tuvimos la oportunidad de comprobar en bastantes ocasiones, otras versiones del iusnaturalismo van transmitiendo, desde los estoicos y Cicerón después, la concepción del Derecho natural como dictamen de la razón humana, como aquella **recta ratio** que, tres siglos antes de Grocio, Gregorio de Rimini consideraba como fuente de la ley natural, incluso en la hipótesis de que Dios no existiera.

de unos hechos y de la exigencia de racionalizar en el iusnaturalismo moderno, no sólo los hechos problemáticos sino también sus soluciones.

En el orden jurídico, como en cualquier otro orden, los hechos aparecen revestidos de la valoración a la que la somete el intérprete. Sin recurrir a la filosofía idealista, sin recurrir incluso al empirismo, el iusnaturalismo que Grocio apadrina está heredando la perspectiva objetivista del mundo Antiguo y Medieval, para dar paso al subjetivismo que él aún no toma como base pero que deja servido por la construcción de su doctrina en el ámbito del Derecho.

Bloch reconstruye esta perspectiva a través de lo que denomina como correspondencia entre el mundo interior y el mundo exterior". Para ello parte de la doctrina de Paracelso y la relación entre ambos mundos. Respecto a Bruno y a Campanella afirma, la noción de "mundo interior" no tiene un valor permanente. Sin embargo, para Paracelso adquiere, también en el terreno científico,

una correspondencia que no permiten a ambas dimensiones ignorarse entre sí. "Ce qui est à l'interieur se trouve aussi à l'interieur; mieux l'interieur est en correspondance avec qui est en bas , l'exterieur avec ce qui se trouve en haut; et ce qui se trouve en haut forme une sorte de superstructure couvrant le tout: ainsi, ce qui est aussi en haut et vice versa. Un immense système de correspondances parcourt le monde: il relie le côte interieur au côte extérieur des choses et vice versa. Pour connaître le monde, l'homme, sôn côté interne, subjetif, doit être compris comme une entité première et en même temps comme le "fruit du monde" (166).

Este pensamiento inaugura una forma de comprender la realidad, y desde Descartes **una** realidad. Lo que ofrece Paracelso y que Bloch interpreta como "el fruto del mundo" desliza el universo filosófico hacia posiciones subjetivistas. Grocio intuye esta realidad para el mundo jurídico y aunque **De iure belli ac pacis** está sometida a un entendimiento axiológico de una razón sometida a un

(166) Bloch, Ernst. *La philosophie de la Renaissance*. Citada. Pag.66.

mundo objetivo, la subjetividad del Discurso del Método, doce años después, se encardina bien con una obra de transición como es la de Grocio.

La axiología jurídica del contractualismo que Grocio desarrolla está lejos de contener elementos absolutos en torno a una razón que irán desarrollando los autores posteriores. La diferencia entre el contractualismo de Pufendorf o de Thomasio, de Rousseau o de Kant respecto al de Grocio, es que este último intuye el elemento histórico con gran clarividencia. El pacto para Grocio se sujeta en un momento histórico, mientras que los más autorizados exponentes del Derecho natural racionalista, hasta llegar a las formulaciones de Vico o de la Escuela Histórica del Derecho, descubren un Derecho natural, un pacto de voluntades exentos de historia. Ello conferirá a la axiología jurídica efectos contradictorios.

Por una parte Grocio está inmerso en el objetivismo que hereda del Mundo medieval, que a su vez no hacía sino continuar

el espíritu de la Edad Antigua. Sin embargo los elementos racionales que Grocio utiliza para despejar las dificultades de las divergencias sobre el "Ius Gentium", en este caso como aplicación en el ámbito de la relación entre Estados del Derecho natural, imbuidos de la comprensión por la historia, le hacen concebir un pactismo diferente. Este bagaje no es sino el espíritu de un sistema construido como deducción de unos principios concretos que el tiempo ha confirmado. Cuando Grocio, concedor del mundo clásico toma unos principios concretos, consciente o no de su origen estoico, que entre otros muchos van reafirmandose con el tiempo al lado de los que no logran adquirir -pese a su consistente axiología- un lugar en la historia ni en el Derecho, entiende que son estos y no otros los que han sobrevivido a la historia. Ni en **Mare liberum** ni en **De iure belli ac pacis**, se muestra un carácter que los futuros historicistas, desde Vico, van a marcar, pero Grocio destaca su doctrina con gran diferencia frente a los que utilizarán la razón como método y como objeto exclusivo del Derecho natural. Grocio deslinda el fin que coincide con la necesidad de una paz duradera y un orden alterado,

de los principios a los que somete el sistema de Derecho.

Los autores iusnaturalistas no solo son los antecedentes de la formación del sistema como estructura básica -y bajo la razón como método configurador de dicha estructura - sino que también son los creadores de una configuración axiológica que se desprende de este nuevo rumbo en el mundo jurídico. Grocio ha sido considerado el padre del Derecho natural moderno y como tal realiza una formulación sistemática a partir de un sistema objetivo. Teológico y natural en tanto que deslinda, a través de hacer sucesivas gradaciones y posteriormente realizar en cada una de dichas gradaciones, sucesivas y cada vez más distanciadas fundamentaciones. Pero el fin último o meta del sistema de Derecho natural moderno, a pesar de su objetividad conforme al Mundo Antiguo, recaba mediante la razón la necesidad del pacto y su carácter histórico sitúa en el tiempo - y relativiza - la solución dada. El progresivo deslindamiento del mundo teológico y del natural ,que se fortalece con Pufendorf y con Thomasio, fuerza la separación axiológica y la creación de

una fundamentación de los valores propios de cada campo, en especial del campo del mundo natural. Si bien la distinción progresiva no sugiere la separación, la capacidad de Grocio para distinguir ambos espacios, hace intuir lo que va a ser un tratamiento diferente de los valores. Aunque el carácter objetivo de su propuesta hace esperar hasta Thomasio que los valores del mundo jurídico se independicen originariamente de una manera clara .

3. PUFENDORF.

En Pufendorf nos adentramos entendiendo que la "ideología pufendorfiana" desarrolla los inicios de un Derecho cuya voluntad tan sólo encuentra límites en el dato del mero hecho y en la frontera moral objetiva. En este vasto contorno se mueve la doctrina del autor sajón.

Destaca Tarello tres notas significativas desplegadas en el pensamiento de este autor: En primer lugar y como elemento destacado el voluntarismo. Inserto en el fondo de la ideología, Pufendorf apadrina una tendencia, ya revelada por Hobbes, que asimila la voluntad soberana en el orden jurídico. Este orden asimila también la segunda de las notas: el imperativismo que transforma el carácter de las normas jurídicas; del simple aserto pasamos a la norma como contenido de orden, como prohibición. La codificación adquiere la idea de la publicación de un documento para verificar el "nulla poena sine lege poenali." La Codificación incipiente cuenta desde Pufendorf con dos notas que se unen al campo de la axiología jurídica en dos frentes tan diferentes como complementarios: la idea de fin a través de la voluntad del soberano va a desprenderse del no menos incipiente Ordenamiento jurídico moderno. Por otro lado la seguridad jurídica reclama el sentido que el imperativismo de Pufendorf le va a otorgar. Una tercera nota cierra el marco que singularmente refleja la temprana adición que la necesidad de la codificación y la sistemática van a sentir por los fines y los valores

en el Derecho : el psicologismo que Tarello destaca en la obra de Pufendorf y que se basa en el conocimiento de la voluntad del legislador, la "mens legislatoris", gracias al estudio de los documentos preparatorios, las circunstancias de la ley, etc. El círculo se cierra dando un papel preponderante a esta parte fundamental y fuente del Derecho de la aplicación por los tribunales de justicia.

En el voluntarismo de Pufendorf se desglosa el reino de lo individual del de lo social. "Si, por un lado, Pufendorf reivindica la autonomía del Derecho, del Derecho natural frente a la teología moral de la ortodoxia luterana, por otro, niega que haya una bondad y una maldad extrínsecas, vinculadas a una naturaleza concebida como idea eterna que limita la voluntad de Dios . 'La naturaleza del hombre no es una idea racional, sino una creación contingente de la voluntad divina. Y porque Dios ha creado un ser así, con naturaleza racional y social, es justo el comportamiento adecuado a tal ser. Esta conexión de "racional" y "social" no contiene empero ninguna

necesidad lógica, sino que es obra de la voluntad divina'" (167). En este ámbito desarrolla a través de los "entia moralia" un punto de vista peculiar, enfrentado a los entia physica" de Weigel. Desde un ámbito prehistoricista procede a la búsqueda de la sistematización, en esa común traslación de los autores iusnaturalistas del intento de calcar al resto de las materias objeto de estudio el esquema previo de la comprensión del Universo bajo una inquebrantable unidad de los principios que busca la razón. El particular enfoque de Pufendorf a través de los Entia Moralia añade una peculiar perspectiva axiológico-sistemática. Esta expresión, que puede ser un tanto anacrónica para un autor que no llega a ver el nuevo siglo XVIII, esboza rasgos de sumo interés.

La formulación de los entia moralia partía de la oposición del mundo natural y el humano. La crítica de ateísmo por parte de autores contemporáneos como Nicolas Beckmann, queda

(167)Truyol. **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado**. Citada, pag.206. La cita que recoge Truyol corresponde a la obra de H. Welzel. **Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs**. Berlín 1958.

explicada -no justificada ante un indignado Pufendorf- por el esfuerzo que hace Pufendorf para atribuir un orbe propio al hombre, en el que Dios queda más alejado. El mundo natural, tan íntimamente unido y entrelazando el mundo humano queda alejado para reconocer un ámbito propio donde el hombre es cada vez más protagonista. Pufendorf encuentra en la racionalidad, en la cultura, y en la concepción científica, los instrumentos adecuados para exponer su concepción global y específicamente la jurídica.

Respecto a la racionalidad conecta con el espíritu del siglo XVII en tanto que pretende edificar un sistema científico del derecho natural sistematizado desde una cohesión orgánica. Esta intención de conseguir una unidad sistemática, es en gran parte fruto del contagio de los esquemas que la ciencia comienza a imponer en el tránsito del mundo medieval al mundo moderno, al resto de las disciplinas. No podemos olvidar que la ciencia con sus avances en el campo de la física, la astronomía y en general en el resto de las ciencias experimentales recorría un espacio delimitado por una idea

"a priori", como era la necesidad de la sistematización. El impulso de la matemática no estaba exenta de este concepto de base.

La autoridad de Aristóteles fue desmoronándose poco a poco en el Renacimiento aunque su lógica y la ética fueron durante mucho tiempo tratados básicos en Occidente y aunque también la doctrina aristotélica se reconocía en la inmensa mayoría de los autores desde el Renacimiento hasta finales del siglo XVIII (168). La figura venerada del estagirita fue sustituida por una pléyade de escuelas que optaban por liderar parcelas disociadas progresivamente del pensador griego a medida que las ciencias se desarrollaban y la filosofía recorría derroteros cada vez más dispares. Así floreció el individualismo y sus diferentes enfoques, los atomistas,

(168)Recasens refiere someramente la influencia dispersa de Aristóteles respecto de la axiología jurídica: "Así por ejemplo en Bodin, Grocio, Vico, Wolff, Beccaria, Genovesi, etc.(Respecto al tema de la justicia, con la que se reproducen los esquemas aristotélicos, añade:) Grocio la define como **equivalencia o proporcionalidad** en los cambios y en la distribución; y, de modo análogo la explica Pufendorf.Y similarmente Vico, quien asimismo distingue entre justicia **conmutativa (aequatrix)** y **distributiva (rectrix)**: la primera es una **igualdad aritmética** entre términos iguales, y la segunda establece una **proporcionalidad geométrica** entre los términos desiguales, para la atribución de dignidades y funciones.Wolff explica la justicia como principio de **igualdad aritmética**."Obra citada, Pag.485

los pitagóricos y los platónicos, los seguidores de Paracelso y los de Descartes, el auge del eclecticismo, los herméticos y los helmontianos. En particular el relevo de la unidad que Aristóteles ansiaba en su comprensión doctrinal se produce en la figura de Descartes.

Descartes pretende "encontrar y aplicar el método adecuado para la búsqueda de la verdad, un método que le capacitará para demostrar verdades en un orden racional y sistemático, independientemente de que antes hubieran sido conocidas o no. Su objetivo primordial no era tanto producir una nueva filosofía, por lo que hace al contenido de ésta, cuanto producir una filosofía cierta y bien ordenada. (. . .) Así pues, si se propuso dudar sistemáticamente de todo aquello de que pudiera dudarse, como paso preliminar para el establecimiento del conocimiento cierto, no dio desde el principio por supuesto que ninguna de las proposiciones de las que dudara podría resultar más tarde verdadera y cierta" (169). Descartes intenta adecuar la verdad filosófica a un esquema

(169) Copleston. Obra citada, Tomo IV. Pag. 71.

construido desde la razón. No quería "descubrir una multiplicidad de verdades aisladas, sino desarrollar un sistema de proposiciones verdaderas en el que no se diese por supuesto nada que no fuera evidente por sí mismo e indudable. Habría entonces una conexión orgánica entre todas las partes del sistema, y el edificio entero reposaría sobre un fundamento seguro. El sistema sería así impermeable a los efectos corrosivos y destructivos del escepticismo" (170).

Descartes supone un modelo no sólo en su objeto de estudio sino en la continuidad - y en ello no significa una modificación de una gran línea que partía de Platón- de la idea sistemática, de la concepción a priorística de la unidad donde enmarcan sus progresivos asertos bien fundamentados por la razón. Y esta formulación pasa al método epistemológico sin ser sometido a la criba estricta de su método, que sí padecen el resto de los componentes, o al menos teóricamente en su mayoría. La construcción no es

(170) Copleston. Obra citada, Tomo IV. Pag.69.

variada sino que se amplía por prestigiosos autores como Malebranche, Huygens o el mismo Leibniz.

En este último autor, que lleva la construcción unitaria a su propia biografía, como íntima expresión de la vocación del conocimiento universal, se formula, quizás por última vez en la historia de la filosofía, el gran intento de unificación de una realidad derramada. Lo hará desde unos presupuestos diferentes de los de Pufendorf, pero también sus soluciones dispares comparten con éste autor un mismo método y una idea de unidad en el Derecho y más allá del Derecho. Pufendorf pretende una separación entre el mundo natural y en este ámbito se sitúan las leyes dadas por Dios, del mundo del Derecho, en donde el legislador es el rector (171). Leibniz se enfrenta a esta posición convencido de "la universalidad del valor de la razón que comporta la posibilidad, más aún, la

(171) Pufendorf. *De iure naturae et gentium libri octo*. Lund, 1672. Versión francesa de J. Barbeyrac, (1ª ed. 1706). *Le Droit de la Nature et Des Gens ou Systemme General Des Principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence, et de la Politique*. Cito por la edición de Amsterdam, 1734. Tomo II. Libro VIII. Pag. 429 y ss.

necesidad, de la unificación de todo el saber, lo que en primer lugar le hace excluir y repudiar toda ruptura de aquél, cual le parece la propuesta por Pufendorf , de la separación del Derecho de la teología" (172).

Cuando hemos conformado provisionalmente el elemento axiológico hemos entendido tres notas principales: su carácter finalístico, que responde a la manifestación de una voluntad, que en el mundo del Derecho se ha manifestado históricamente bajo el concepto de soberanía. En segundo lugar hemos determinado su carácter relacional, esto es, la necesidad de poner en conexión el entorno del Ordenamiento jurídico con los caracteres sociales, la representación que las diferentes clases sociales han conformado respecto a los contenidos de los valores, la cultura que infiere de

(172) Fassó. **Historia de la filosofía del Derecho**. Citada, Tomo II. Pag.159. Sobre este punto y vinculado con la libertad, es interesante **Escritos en torno a la libertad, el azar y el destino**, de Leibniz. Edición de Concha Roldán. Técnos. Madrid, 1990. Pag. 175 y ss. También de Leibniz **Elementa iuris Naturalis**. 1662-1672 Versión castellana: **Los elementos del Derecho natural**. Edición de Tomás Guillen. Técnos. Madrid, 1991. Pag.3 y ss. en comentario de Grocio, y pag. 31 y ss.

una u otra forma para acotar el sentido axiológico y finalmente como debemos acudir a la interrelación de elementos jurídicos y morales insertos en el Ordenamiento jurídico o fuera del mismo para poder expresar, con cierta precisión, qué es lo que estamos entendiendo por un determinado valor. El tercer elemento deviene como consecuencia de los anteriores y reafirma el carácter relativo de la axiología a la vista de la historia, y que gracias a esta perspectiva podemos desarrollar no sólo una visión diacrónica de los diferentes contenidos materiales -con su formación e importancia dentro de un Ordenamiento jurídico y de una sociedad en su conjunto- sino también acercarnos a la materia del valor.

En Pufendorf se ofrecen algunos de estos caracteres. En primer lugar porque recoge la tradición hobbesiana y de su maestro Hugo Grocio, respecto a la separación entre Derecho y teología, contestada ferozmente por sus coetáneos. El carácter individual prima de manera que "la pensée centrale de Pufendorf a été celle d'une morale construite par l'homme seul, indépendante d'une

révélation divine, profane par conséquent, qui soutendrait les divers systèmes juridiques que les peuples se donnent. L'exposé en serait assuré, non pas selon la logique scolastique procédant par syllogisme à partir d'une métaphysique, mais à l'aide de la méthode scientifique, partie de principes tirés de l'observation et qui progresserait par un enchaînement de déductions" (173). El factor renacentista, la razón individual en Pufendorf, deriva en una fórmula social - **socialitas** aristotélica -que redescubre el mundo jurídico desde el sistema. El desglosamiento del Derecho respecto a la teología no sólo provoca la progresiva sustitución en el humanismo de los valores religiosos, definidos hasta Hobbes por sus atributos de lo sobrenatural y en términos de fe, sino que también la idea de unidad que el cristianismo había tomado prestado de las corrientes filosóficas griegas y de antiguas religiones monoteístas se propaga al mundo de la ciencia jurídica por medio de autores como Pufendorf, convertidos en impulsos sistemáticos. Laurent destaca la filiación

(173)Laurent, Pierre. **Pufendorf et la loi naturelle**. Vrin, Paris 1982, pag.69.

pufendorfiana a la idea sistemática como consecuencia de la libertad individual, un gran en la obra del autor sajón. Esta libertad individual tiene como trasfondo la intervención de Dios de una manera indirecta. Sin embargo Pufendorf incide sobre la formación de una axiología que comienza a tener una independencia no sólo formal en la doctrina, sino en una nivel conceptual con caracteres materiales, dotando a la libertad del individuo de un contexto, el Derecho, cada vez más alejado de la teología. Sin embargo el Ordenamiento jurídico retiene de ésta última la suprema unidad, y el elemento aglutinador no es la fe sino la razón jurídica. Dios y el Soberano. "Par ailleurs enfin sa spécialisation juridique a entraîné deux conséquences. D'abord le désir avoué d'ériger un système à des fins pratiques parce que la jurisprudence du temps la réclamait. Le de Jure naturae et gentium et le de Officio furent rédigés dans cet esprit, sans compter les Elementa -ce célèbre ballon d'essai. Le Droit en tant qu'ensemble cohérent nécessitant de s'appuyer sur la loi, l'importance de celle-ci s'accroît à proportion " (174).

(174) Laurent. Obra citada, Pag.71.

El camino que los filósofos del Derecho como Hobbes o Pufendorf han elegido frente al escolasticismo se refleja en valores como la libertad individual con especial relevancia. El enfrentamiento persiste, quizás se acrecienta respecto a los escolásticos contemporáneos a Pufendorf y los inmediatamente posteriores, (Domingo de Soto, de Francisco Suárez o Francisco de Vitoria retoman el pensamiento de Tomás de Aquino). Desde esta perspectiva la crítica de Barbeyrac a los escolásticos es definitiva (175).

El sistema rígido de éste se basa en un mayor rigor sistemático. Pufendorf postula un "utilitarismo más genérico" haciendo hincapié en el principio de legalidad. Sin embargo es más dúctil el sistema ya que criterios de oportunidad y la perspectiva de no turbar la paz pública le impiden emplear excesivamente la máquina del Estado. Tarello explica esta diferencia entre ambos pensadores tomando como "punto de referencia el" *mala in se* y el

(175) Ver crítica de Barbeyrac en la Introducción a la edición francesa del *De iure Naturae et Gentium*. Citada.

"mala prohibita" que más adelante veremos en Kelsen. Pufendorf prescinde de la punición de aquellos comportamientos de "essere intrinsecamente malvagi" para añadir "e perciò sembra que Pufendorf non porti alle estreme conseguenze la dottrina fondamentale secondo cui nello 'estato civile' non esistono 'mala in se' ma solo 'mala (quia) prohibita', ed è la sanzione che attribuisce ad un alto la qualiti di crimine, anziché essere la qualità di crimine che merita la sanzione "(176).

Como consecuencia de las necesidades pragmáticas de un sistema , más o menos riguroso respecto a su propia jerarquía, a los principios de los que parte y a las posibilidades en su interpretación y aplicación , se produce un reajuste en la terminología. Tarello destaca la renovación em los términos "bueno y malo", "justo e injusto": "Al di là del generico utilitarismo, si può anche osservare nei suggerimenti del Pufendorf la tendenza ad indicare, ai

(176)Tarello. *Storia della cultura giuridica moderna*. Citada. Volumen I, pag.111.

principi sovrani, dei limiti alla repressione penale non solo nei comportamenti meramente interni, ma anche in quelli la cui qualificazione in termini di buono e cattivo, giusto e ingiusto, poggia su regole morali-religiose" (177).

En la tensión, que desde nuestra perspectiva se analiza frente a elementos sistemáticos o tópicos, en el estudio de los principios o valores, frente a los **topoi** o lugares comunes (178) se desarrollan elementos racionales que recorren los anteriores pero que en el iusnaturalismo del racionalismo surge de forma diferente quizás por ser más pura y más primitiva. A este tercer elemento, la racionalidad se le añade la voluntad, a la que Pufendorf tiene muchas páginas consagrada como "alma mater" de sus más célebre tratado **Le Droit de la nature**. El absolutismo laico que

(177)Tarello. Obra citada, Pag.112.

(178)En una contraposición que responde a la interrelación de varios elementos como objeto de estudio, sistema y método. García Amado, en su **Teorías de la tópica jurídica**.(Civitas en coedición con el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Madrid 1988) expone el resultado de dicha interrelación que mezcla y centra en un ámbito más propio a la Tópica.

Pufendorf prepara necesitará de este voluntarismo. Parte con él de un esquema sistemático pero al igual que Thomasio, no llega a las construcciones matemáticas de Leibniz o de Domat, sino que el racionalismo le lleva por un sendero más arbitrario. Este arbitrio corona la ideología utilitaria y le hace apadrinar la oposición al sistema proporcional de justicia en cuanto que la voluntad del soberano, que Pufendorf hereda de Grocio, no se detiene en la proporción respecto a las circunstancias que rodean a un tipo penal respecto a otros comportamientos sometidos al mismo tipo. Tarello encuentra un caudal importante en la teoría de Pufendorf que fluye por las venas del inminente absolutismo laico.

Si retomamos la obra de Pufendorf en lo que puede ser interesante para la reflexión axiológica desde la óptica jurídica debemos recabar en un apartado fundamental: La teoría de los "entia moralia".

a. La doctrina de los Entia Moralia.

Los entia moralia, los **Etres moraux**, en la traducción de Barbeyrac del **De iure naturae et gentium**, responden a una íntima relación entre los entes morales y el orden racional en la moralidad humana. Supone un paso absolutamente original a caballo entre la tradición escolástica y metafísica con un orden racional nuevo que nutre con sus propias reglas y su autonomía el orden moral de los seres humanos. Los **entia moralia** muestran la conciliación entre la axiología de condición iusnaturalista con la estructura del libre albedrío que abre un camino a contracorriente. Pufendorf define los **entia moralia** como: "...certains Modes, que les Etres Intelligens attachent aux Choses Naturalles ou aux Mouvemens Physiques , en vue de diriger et de restreindre la Liberté des Actions Volontaires de l'Homme, et pour mettre quelque ordre, quelque convenance , quelque beauté, dans la Vie Humai-

ne."(179)

Hay que advertir que aquí el autor sitúa su comprensión en un mundo alejado del platonismo y que su labor no es la de descubrir entes ni su esencia. La situación del hombre es la de su voluntad para relacionar su ser físico con "modos" o formas de moralidad. Su relación se sitúa en la corrección dentro de la corriente aristotélica , que sin embargo, se adecúa más a la división entre *Sustancia* y *Modo* que a la de *Sustancia* y *Accidente*. (180). La aclaración en el contexto de la época resume, con la aclaración que Pufendorf realiza a continuación, que a pesar de la necesaria afirmación de que también en última instancia los Entes o Seres morales son fruto de la creación divina (181), la mayor

(179) Pufendorf. *Le Droit de la Nature et Des Gens*. Citada por la edición de Amsterdam, 1734. Tomo I. Libro I, Pag.3.

(180) " De plus l'idée de *Mode* étant diamétralement opposée à celle de *Substance*; cela donne à entendre, que les Etres Moraux ne subsistent point par eux-mêmes, qu'ils ont pour base les Substances & leurs Mouvements, & qu'ils ne sont que modifiés ces Substances d'une certaine manière." Obra citada, Tomo I , Libro 1º Pag.3 y 4.

(181) Obra citada, pag.4.

parte de éstos son ciertamente "formes par *la volonté des Hommes*, selon que ceux-ci jugeoient à propos de les introduire dans la Vie, pour y établir quelque ordre, & pour la polir." (182)

El origen de estos entes morales condiciona toda su concepción. Nacidos en la oposición con los **Seres Físicos**, que son producto de la Creación, de ascendencia natural, y divina en última instancia, los Seres Morales se forman por "Institución" (**Institution**) (183). Esta diferenciación aparecerá en el propio origen de la contraposición entre **l'Etat de Nature** et **l'Etat Accessiore**. La fundamentación moral de este segunda forma de organización social conlleva la aceptación de una diferencia cualitativa que está en la base de la teoría contractualista.

(182) Obra citada, pag.4.

(183) En el latín original **impositio**. Barbeyrac aclara en la nota 2 del apartado IV la imposibilidad de encontrar en francés otro sinónimo que transmita con fidelidad la idea de oposición total al término **Création** y su sentido de vinculación a la naturaleza que le confiere su ser por el origen. Pufendorf aquí establece claramente que la naturaleza de los Seres Morales no les viene de ellos mismos o de su naturaleza. La nota es de gran relevancia para continuar la lectura y comprensión de los Entia Moralia. Obra citada, pag.4, en nota citada. Laurent lo analiza igualmente en su comentario de los orígenes y el fin de los Entia Moralia, Obra citada, pag.124 y ss.

Hay varias divisiones respecto del Derecho natural y la fundamentación del Derecho positivo. Fundamentalmente nacen de los comentarios a Grocio y a Hobbes. Incluso a partir de las divisiones del orden natural y social que Hobbes hace y que acota Pufendorf (184), subsiste en la base la gran estructura que nuestro autor ha establecido en las páginas preliminares. Los entia moralia no sólo sirven en Pufendorf para establecer un criterio tajante en donde Creación e Institución se oponen aceptando la base moral de la voluntad , sino que esta forma de concebir el arraigo de una axiología va a iluminar la concepción contractualista incipiente como modelo de fundamentación del poder.

Por otro lado los Entia Moralia adquieren un estatus metodológico porque conllevan una manera de estratificar a las

(184)Obra citada. T.I , Lib. II, Cap. III, pag.243 y ss.

Personas Morales (185), subyaciendo en la explicación una jerarquía que aproxima su concepción a una preteoría de los valores. Laurent encuentra, con una interpretación extensiva de la voluntad de la persona y la subjetividad como árbitro de los valores, una auténtica filosofía de los valores (186).

La jerarquización supone una suerte de caballo de pruebas que los autores utilizan para consolidar una mera percepción axiológica y conseguir sacar adelante un sistema más o menos fortalecido. Su puesta en relación con el resto de virtudes y defectos del propio sistema sitúa en su lugar las premisas y sus consecuencias y a la vez logra esclarecer los principios que van a informar todo el sistema. Los valores tradicionalmente siempre han ocupado este lugar preponderante y como hemos visto y después veremos en

(185)Obra citada. T.I, Lib. I, Cap.I, Pag.14 y ss.

(186) Laurent, P. **Pufendorf et la Loi Naturelle**. Citada. Pag.130 y 131. Laurent afirma que el **Eris Scandica** refuerza su impresión de que en el capítulo I del **Iure Naturae et Gentium** hay una auténtica filosofía de los valores. (Se refiere a los opúsculos **Apologia et Specimen Controversiarum circa ius naturale ipsi nuper motarum**, del **Eris Scandica**. 1686.)

algunas consecuencias del movimiento denominado de la "filosofía de los valores", el valor conlleva no sólo la declaración de qué es lo bueno y lo malo, sino que tiene vocación de imposición y hace acompañar sus soluciones de sus imposiciones (187).

Que exista un campo de indiferencia donde los entes morales no intervienen, no quiere decir que la Ley Natural deje resquicios de incompetencia en el campo moral. Los **etres moraux** son simétricos a los **etres physiques**, y no hay que olvidar que responden a la necesidad del autor de utilizar el método matemático y la incontestable geometría en la construcción ética. El modelo científico traspasa la historia y se prolonga después de Pufendorf y del iusnaturalismo racionalista en general que utiliza el esquema de los modelos científistas deductivos - y no sólo deductivos ya que

(187) Así Ortega y Gasset, tomando la base de la filosofía de los valores en **¿Qué son los valores?**. Obra citada, pag.320 y s. y después Frondizi, **¿Qué son los valores?**, Fondo de Cultura Económica, México 1958. Siguiendo a ambos Recasens en su **Tratado General de Filosofía del Derecho**. Obra citada, pag.61, sobre la vocación de los valores de imperar y no sólo como presencia de "peculiares objetos ideales". También Polin, en diferentes momentos de **La création des valeurs**. P.U.F. París 1944, en pag. 171 y ss. incluso con un cuadro sinóptico de las teorías que vincula los planteamientos teóricos en estado puro con las conductas teleológicas, en pag.195.

Pufendorf tiene una gran influencia del empirismo inglés a través de Hobbes fundamentalmente (188) -. Dos siglos después, será la base desde la que la axiología aborde sus soluciones. Desde los intentos de Stammler en una construcción científica del tratamiento de la justicia (189), al planteamiento de la filosofía de los valores para construir un sistema objetivo en primer lugar, avalada por el prestigio cientifista, y desde el punto de vista jurídico, llegamos a una construcción de la ciencia del Derecho kelseniana, que expulsa desde la neutralidad, los valores del Ordenamiento jurídico (190).

Ello significa por otro lado la desconexión de los

(188)Ver Laurent, Obra citada, pag.123 y pag.220 en nota 6.

(189) Stammler, R. **Lehrbuch der Rechtsphilosophie**. 1ª ed.1922. Versión castellana de la 2ª ed. de 1930 de Wenceslao Roces. **Tratado de Filosofía del Derecho**. Editora Nacional. México, 1980.Pag.211 y ss. En este sentido Lucas Verdú, **La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend**. Técnos. Madrid, 1987. Para el entendimiento del entorno cultural y la valoración científica del momento, pag.31 y ss. También Paniagua, J.M. **Historia del pensamiento jurídico**.Obra citada. Tomo II. Pag.465.

(190) Ver más adelante primero desde la perspectiva kelseniana y después, en el capítulo tercero, en la tensión formal - material del constitucionalismo contemporáneo.

universales aristotélicos y de su base metafísica como consecuencia de la influencia hobbesiana. El ser moral se convierte en Pufendorf en el resultado de la relación del hombre con el objeto de la ética a través de la razón. En su traducción al Derecho supone un voluntarismo que parte del individuo y una línea que aparece difusamente en Pufendorf y que a través de la Ley natural llega al mundo jurídico. Este voluntarismo se crea desde el sistema. Muchos de los elementos que servirán para la construcción de la teoría de los valores jurídicos se presienten aquí de una manera clara.

4. HOBBS.

Hobbes ha ocupado centenares de páginas en la historia del pensamiento jurídico y político de Occidente por múltiples razones. Por algunas de ellas, quizás por su combinación, va a ocuparnos también en este trabajo de investigación.

La historia acompaña a Grocio en su figura de filósofo de "transición". No lo es sólo porque las fórmulas que en gran parte son fruto de su visión escolástica, tengan la suficiente capacidad para ser entendidas por los continuadores del iusnaturalismo racionalista, sino porque también los principios y valores adquieren con Grocio una gran permeabilidad. La voluntad humana interviene como mediadora entre esos principios, que vienen del Derecho natural, y la aplicación e interpretación que hace el hombre de ellos. Para Grocio, incluso algunas introducciones de la voluntad humana

alcanzan el carácter de Derecho natural (191), como por ejemplo el dominio. Esta vía permite introducir elementos flexibilizadores al esquema escolástico de Derecho natural rígido, desde la concepción voluntarista o del racionalismo incipiente.

La formación racionalista más sólida partía de Platón, de Cicerón y antes de los estoicos. Recogida por Tomás de Aquino va abriéndose paso frente al voluntarismo de Ockham. Grocio, que había heredado la visión voluntarista, expuesta en el *De iure praedae* configura la antítesis racionalista en su obra cumbre **De iure belli ac pacis** (192).

En la imperiosa búsqueda de este valor encontramos

(191) Grocio, **De iure belli ac pacis**.I.I X.4. "Hase de saber, además, que el Derecho natural no trata solamente de lo que sucede independientemente de la voluntad humana, sino además de muchas cosas que siguen al acto de la voluntad humana."

(192) Fassó cita un directo antecedente en Pedro de Ailly, que compartía la tesis voluntarista de la Justicia : " Es una cualidad que deriva no de la naturaleza de la cosa sino de la mera aprobación divina: y Dios es justo no porque ame la justicia sino más bien, una cosa es justa porque Dios la ama, o sea, la aprueba".In **I Sententiarum**, cuestión 9, Fassó. Tomo II. Obra citada, pag.17.

unanimidad, pero también disparidad en cuanto a su fórmula de puesta en práctica, y en cuanto al método por el cual dar con su contenido material. Si el voluntarismo encontraba en la voluntad de Dios el motor de las variaciones según la intencionalidad de la naturaleza divina, los autores racionalistas anteponían la razón incluso a la voluntad de Dios (193). Pero en este debate, una vez que el iusnaturalismo se abría camino por el método racional que Galileo y Descartes ratificaban, consagrando el método deductivo, el voluntarismo no quedaba rezagado en cuanto a sus planteamientos originales. Aunque el triunfo de los autores racionalistas como Grocio, Althusio, Pufendorf, etc. es el fruto de la convicción del método racional, las consecuencias de esta interpretación no se alejan de las bases voluntaristas. Así Hobbes, desarrolla una visión jurídica del Estado y del Derecho desde un ángulo voluntarista y

(193) Después de hablar Grocio de la existencia del Derecho natural afirma "Et haec quidem quae iam diximus locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana". Ciertamente, lo que hemos dicho tendría lugar, aunque admitiésemos algo que no se puede hacer sin grave delito, como es aceptar que Dios no existe o que Este no se ocupa de lo humano. **De iure belli ac Pacis**. Prolegomeno 11. (Traducción de la edición bilingüe de Primitivo Mariño, en Ed. citada, pag. 36.

empirista. Solamente su voluntarismo, reverente con la intención divina, es trasladado a la voluntad del soberano con una equiparación geométrica, la animación del mundo jurídico a base del espíritu latente en la ley natural, hace pensar en Hobbes como un lejano pilar del positivismo jurídico. Sin prescindir del racionalismo que imbuye sus obras, Hobbes llega al convencimiento de que sea la voluntad del soberano quién ha de convertir realmente un Estado de naturaleza en un Estado de sociedad. El origen, las voluntades de los ciudadanos, es un paso hipotético y ficticio. La voluntad desde la que inicia Hobbes su idea del Estado, que traduce la ley natural en ley civil, es una voluntad real (194).

Cuando Hobbes lleva hasta el Leviatán un elenco detallado de las leyes naturales hace concebir todo un mundo axiológico que no se traduce de estas leyes. Si bien Grocio o Pufendorf retomaban una serie de valores del Derecho natural que acomodaban al **Ius Gentium** y a la ley natural respectivamente,

(194) Fassó. Obra citada, pag.103.

Hobbes no utiliza las leyes naturales más que como punto de referencia **(195)**. Del conjunto de leyes naturales no extrae Hobbes un conjunto de valores, sino que deja en suspenso toda la axiología que trae consigo esas y no otras leyes naturales y la traslada a los valores que aparecen después del pacto. La libertad que nace con el hombre, previa al pacto, no es un valor ni una categoría, sino un paso previo para alcanzar la libertad del súbdito, que es la que verdaderamente cuenta para Hobbes. La libertad del súbdito queda delimitada tan sólo negativamente: "La libertad de un súbdito yace por eso sólo en aquellas cosas que al regular sus acciones el soberano ha omitido. Como acontece con la libertad de comprar y vender, y con la de contratar, elegir el propio domicilio, la propia dieta, la propia línea de vida, instruir a los hijos como consideren oportuno y cosas semejantes". **(196)**

La libertad del súbdito se hace además compatible con

(195) Ver Howard Warrender. *Il pensiero Politico di Hobbes*. Biblioteca di Cultura Laterza. Bari 1974. Pag. 51 y ss. y 151 y ss.

(196). *Leviatán*. Edición citada, pag.302.

el poder ilimitado del soberano. "Sin embargo no podemos entender que por esa libertad el poder soberano sobre la vida y la muerte quede abolido ni limitado. Pues se ha mostrado ya que nada puede hacer el representante soberano a un súbdito, en ningún campo, que pueda adecuadamente llamarse injusticia, o injuria porque todo súbdito es autor de todo acto hecho por el soberano; y nunca le falta por eso derecho a cosa alguna, salvo en el sentido de que es súbdito de Dios y está por ello forzado por las leyes de la naturaleza" ,(197) . Todas las instituciones del orden humano, aunque tienen su raíz formal en las leyes naturales, adquieren su único sentido dentro del Estado civil (198).

La libertad formal arranca pues del Derecho natural,

(197) *Leviatán*. Edición citada, pag. 321.

(198) *Leviatán* . Edición citada, pag.332 . Ver Norberto Bobbio. **Thomas Hobbes**. Einaudi. Turín 1989. En el capítulo **La teoría política di Hobbes**. Pag. 27 y ss. Versión castellana en Paradigma. Barcelona 1991.

pero la libertad como valor para Hobbes parte del Soberano. El soberano representa, es la encarnación de la República a través de la voluntaria cesión del poder en su persona (199) -o personas -. A partir de aquí nacen los principios y los valores; el carácter de la propiedad que comienza con la constitución de la República (200). De igual forma, la justicia es una valor que toma cuerpo y sentido con el nacimiento del orden político (201). Grocio ha partido de unos pocos principios del Derecho natural pero en Hobbes éstos se incorporan realmente tan sólo después de la creación de la República, donde operan y se hacen vigentes las leyes naturales. Unas leyes naturales enumeradas minuciosamente y que forman, además del cuerpo ético del código moral hobbesiano, el decálogo jurídico sostenido por el soberano. Es un ejemplo típico de formalismo ético, donde los valores son creación del soberano. Es un precedente muy significativo del decisionismo de Carl Schmitt.

(199) *Leviatán*, Edición citada, pag. 267.

(200) *Leviatán*. Edición citada, pag. 273 y s.

(201) *Leviatán* . Edición citada, pag. 240.

Strauss otorga a Hobbes la paternidad de un primer gran sistema coherente, en el mismo sentido que Bobbio arranca la paternidad del implantador del método matemático de Galileo en las ciencias morales para después de arrebatárselo a Grocio, dárselo a Hobbes (202). Este sistema al intentar responder al problema ético individual, desliza a la vez la solución a un orden social ideal sin distinguir los dos ámbitos (203). Sin embargo el orden social construido por Hobbes, parte de una concepción individualista peculiar. El individualismo hobbesiano representa una de los caracteres del iusnaturalismo racionalista. El denominado "tránsito a la modernidad" (204) tiene como una de sus características preferentes

(202) Bobbio. *Estudios de Historia de la Filosofía . De Hobbes a Gramsci*. Citada . Pag. 79.

(203) Strauss, Leo. *The political philosophy of Hobbes*. Clarendon Press, London. 1936. Edición Norteamericana: University of Chicago Press, Chicago 1952. Pag. 1.

(204) En expresión de Peces-Barba, acuñado específicamente desde la filosofía jurídica para caracterizar un movimiento que no coincide con el Renacimiento, que salva las dificultades que éste término ha engendrado desde Michelet, y que recorre desde la perspectiva de los derechos fundamentales los elementos a su juicio necesarios para comprender el paso del mundo antiguo al mundo moderno. Por la especial relevancia que adquiere el iusnaturalismo racionalista en este período de tiempo la aportación de Peces-Barba en el volumen "Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales" es de gran utilidad para la comprensión de esta etapa clave para la filosofía

la preponderante presencia del individualismo, aunque así determinado no es más que una aproximación negativa a una realidad. El "individualismo" renacentista nos dice más acerca de lo que la historia va dejando atrás que lo que tiene de nuevo el mundo moderno. Y esto es así porque hablar de "individualismo" no es más que una abstracción, una generalización entre las múltiples fórmulas que el mundo moderno tendrá reservadas para el hombre. El término acota un conjunto de negativas sobre lo que el súbito va a dejar de ser, sobre lo que el ciudadano va a ir ,marginando en su status, pero nada nos dice sobre lo que empieza a ser.

El individualismo hobbesiano se enfrenta al de Grocio. Las figuras de ambos autores se han presentado como opuestas por varios historiadores y su aportación ha generado una concepción peculiar que llega hasta Locke y Rousseau (205). Fassó destaca, de

jurídica.

(205) Ver Alan Ryan. **Perspectives on Thomas Hobbes**. Clarendon Press. Oxford. 1988. Pag.81 y ss.

forma antagónica, el individualismo que los dos iusfilósofos aportan (206). Por su parte Villey ha escindido lo suficiente los orígenes aristotélicos y los de Cicerón como para hacer incompatible la filiación aristotelico-ciceroniana que Fassó atribuye a Grocio. Villey recoge este antagonismo entre el autor griego y el romano a través del comentario de la obra de Althusio. El sistema de Hobbes hará posible la integración del contactualismo de raíz individualista con el voluntarismo, que más tarde culminará en Rousseau, frente al contractualismo que se integra con el racionalismo, en cierto sentido en Grocio, y sobre todo en Locke. Para este contractualismo voluntarista, frente al contractualismo racionalista, la unidad última del orden jurídico procede de una voluntad, que crea los valores. Falta mucho para llegar hasta el modelo que

(206) Fassó. Obra citada, Pag.106. "Igualmente, si consideramos como característica la premisa individualista, es Hobbes, y no Grocio, el primer iusnaturalista auténtico, Grocio, como vimos, sigue a Aristóteles, Cicerón y los escolásticos en la concepción de la sociabilidad connatural del hombre; para él el individuo no precede del todo a la sociedad, sino que más bien la fuente del Derecho natural es propia de la naturaleza "racional y social" que se manifiesta en el **apetitus societatis**. Por el contrario, el punto de partida de la teoría hobbesiana es el individuo no ya solo asocial, sino calaramente enfrentado con los demás individuos que que tienden por naturaleza a causarse mal reciprocamente. Para Hobbes, la sociedad surge unicamente por un acto de voluntad de los hombres, determinado por un cálculo de utilidad.

expresa la Constitución española en su artículo 1.1, que es el de la legalización, a través del poder de una determinada racionalidad. Aún hay que pasar por el modelo de un sistema que se cierra con una norma y que prescinde de los valores materiales, construyendo una ordenación solo formal y por la aparición del voluntarismo no individualista, el decisionismo de Carl Schmitt. El modelo de los valores que se incorporan al Ordenamiento jurídico, los valores superiores en nuestro sistema constitucional, exigen una racionalización del voluntarismo, con la asunción por el poder - como poder democrático - de una razón histórica, la razón de los valores de la libertad, de la seguridad, de la igualdad y de la solidaridad, y con la voluntad de aquel de convertir a esos valores en normas jurídicas, aunque Hobbes en **De cive**, daba el paso hacia el positivismo que serviría de base formal para los valores materiales.(207)

(207) Hobbes **De cive**. XII.1. y en **Leviatán**. " Pero en otro caso es manifiesto que la medida de las acciones buenas y malas es la ley civil" Edición citada, pag. 397.

CAPITULO SEGUNDO: EL SISTEMA

EN SU SENTIDO FORMAL. EL

RECHAZO DE LOS VALORES.

KELSEN

Si hemos de intentar recoger unos modelos históricos desde la perspectiva axiológica, tenemos en Kelsen algo más que un eslabón de esta peculiar dialéctica. Los lugares de referencia encuentran en el jurista austríaco un eje obligado tanto para los que intentan adherirse a una teoría formalista respecto a los valores como para quienes pretenden rebatirla o ampliarla. La primera de las referencias confluyen en su **Teoría Pura del Derecho** de manera obligada. De los puntos anteriores de este trabajo podemos colegir que no hay una unanimidad en la utilización del término "valor". Así para aproximarnos a la teoría kelseniana debemos unificar la terminología ya que entiendo que la complejidad de la exposición kelseniana- no sólo por el análisis de la **Teoría Pura del Derecho** sino por la evolución de su pensamiento hasta su muerte- exige un mayor esfuerzo.

Kelsen formula en el libro citado (208) su diferenciación entre sistema estático y sistema dinámico. Van der Kerchove y François Ost, basándose en la terminología utilizada por Rials como "processus d'une systématisation"(209), entienden el carácter dinámico de la sistematicidad, a través de sus principales actores que participan en ella:"el legislador, a través de la codificación, el jurista a través de la doctrina y el juez a través de la jurisprudencia"(210).

Troper afirmará sobre la sistematicidad que aparece como "**terminus ad quod**" o como "**terminus ad quem**" de una actividad que atraviesa de parte a parte la aplicación del Derecho

(208)Kelsen, H. **Reine Rechtslehre**. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Wien 1960. Versión castellana a cargo de Roberto Vernengo: **Teoría Pura del Derecho**. Universidad Autónoma de México. México, 1979.

(209)S.Rials: **Supraconstitutionnalité et systématicité du droit**, Archives de philosophie du droit, T.31 .París ,1986. Pag.71.

(210)M.Van de Kerchove y F.Ost. **Le système juridique entre ordre et désordre**. Presses Universitaires de France. París 1988, pag.54.

(211). Dentro de los grandes modelos de sistematicidad encontramos en Kelsen a uno de los polos en los cuales centramos la clasificación. Si encontramos en la distinción entre sistematicidad formal y material un modelo de oposición, Kelsen ocupa un lugar preferente como alternativa al modelo material.

En la diferenciación kelseniana entre sistema estático y sistema dinámico el sistema material, respondería a primera vista a un tipo de ordenamiento delimitado por una serie de características; Encuadrado dentro del sistema estático su validez queda fundamentada en el contenido o fondo de las normas mientras que el sistema dinámico, con el que entra en oposición, basa su regla de reconocimiento en la validez de unas normas creadas mediante el procedimiento adecuado y según los órganos habilitados.

(211) Troper. *Système juridique et Etat* Archives de philosophie du droit, París 1986. T.31. Pag.29

El primer objetivo kelseniano es lograr una teoría del Derecho que sea autónoma en cuanto no contenga elementos ajenos a lo estrictamente jurídico tal y como afirma en su primera edición de la **Teoría Pura del Derecho** (212). En la segunda edición reafirma su voluntad ya fijada en los **Hauptprobleme der staatsrechtslehre** y añade la diferenciación de la ciencia jurídica respecto a la teoría política (213). Aunque la especificación era tácita para la teoría política ya en la primera edición desde el punto de vista valorativo es interesante por la doble perspectiva que acota en la segunda ; ética y política. En uno de los polos de la contrapo-

(212)H.Kelsen.**Teoría Pura del Derecho**.Buenos Aires.Losada,1941,25-6."Si ella se califica como teoría "pura" del Derecho, es porque pretende garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el Derecho, y porque pretende eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho.Es decir:quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos extraños.Tal es su principio fundamental, que parece ser de por sí bien comprensible.Pero una mirada sobre la ciencia jurídica tradicional, tal y como se ha desenvuelto en el curso de los siglos XIX y XX muestra cuan distante se halla de corresponder a la exigencia de pureza.En forma desprovista de todo espíritu crítico ha mezclado la jurisprudencia con la psicología y la biología, con la ética y la teología.Hoy en día no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar.Desde luego, el cree poder realzar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo otras disciplinas, con lo que está perdida, naturalmente, la verdadera ciencia jurídica".

(213)H.Kelsen. Obra citada, pag.15."En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política."

sición sitúa Kelsen a la axiología jurídica frente a la jurisprudencia. Este "sentido negativo de la pureza metodológica"(214) hace reflexionar a Schmill sobre la raíz de esta delimitación. Y lo hace frente a una interpretación extendida de la pureza metodológica kelseniana que él entiende errónea: "Consiste en afirmar que la **Teoría Pura del Derecho** es una doctrina formal, que no se ocupa de lo verdaderamente importante: el contenido del Derecho. Que éste, el contenido del Derecho, le es supremamente indiferente y, por ello, La **Teoría Pura del Derecho** sería vacía y constituye tan sólo un hueco cascarón, alejado de la vida (215). Ya en 1910, en los **Hauptprobleme**, Kelsen comienza a aportar su visión de la ciencia jurídica como un terreno en el cuál los elementos formales van a ser los definitivos y los estrictamente necesarios y suficientes para acotar dicho ámbito. Esta pretensión se configura como un

(214)U.Schmill.**La pureza del Método en la Teoría Kelseniana**.Artículo incorporado al trabajo en colaboración con R.J. Vernengo:**Pureza metódica y racionalidad en la Teoría del Derecho**.Universidad Autónoma de México.México,1987.Pag.11 y ss.

(215)Obra citada, pag.11 y s.Ver además sobre esta interpretación errónea: Kelsen.**Was ist die Reine Rechtslehre**,1953.Versión castellana:E.Garzón Valdés,**¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?**Universidad de Córdoba, 1958.

objetivo de manera que en la investigación el autor austríaco va a desprenderse tanto de los elementos extraños a la ciencia jurídica desde el punto de vista de la norma jurídica como desde el ordenamiento en su totalidad.

I. EL PROBLEMA DESDE LA NORMA JURIDICA

Desde el primer ámbito Kelsen encuentra una estructura básica tradicional de la norma jurídica que va a ser incompatible con los presupuestos de los que pretende partir. La tradición imperante va a conducir hasta Kelsen la coactividad, que sólo aparece en la historia del pensamiento jurídico circunstancialmente, como un elemento que acompaña indefectiblemente al Derecho. La polémica entre Binding e Ihering enfrenta las opciones sobre este elemento. La coacción era para Ihering el elemento que distinguía un ordenamiento normativo jurídico de otro que carecía de este carácter. La norma representa el segundo elemento de la noción del Derecho. Comprende el lado interno del Derecho, así como la coacción es el

externo.

La norma contiene una disposición de naturaleza práctica, es decir, que ordena las acciones humanas. Es una regla, según la cual el hombre debe dirigir su conducta. Se puede decir lo mismo de las reglas de la gramática, salvo que éstas no se refieren a los actos de la vida humana. Ciertas reglas de conducta son también establecidas por las máximas dictadas por la experiencia, máximas que nos instruyen sobre la oportunidad de nuestras acciones. Las normas se distinguen por ser de naturaleza obligatoria. Las máximas nos indican el camino que hay que seguir cuando se trata de actos que estamos en libertad de realizar; su observación depende de nuestro libre arbitrio. Otra cosa sucede con la norma. Esta impone a la voluntad de otro la dirección que debe seguir. Toda norma es un imperativo: ordena o prohíbe. Un imperativo sólo tiene sentido en boca de quien puede imponer su voluntad a la voluntad de otro, y marcarle su línea de conducta. El imperativo supone una doble voluntad; la naturaleza no conoce imperativos. El imperativo puede

señalar un modo de obrar en un caso determinado o prescribir un tipo de acción para todos los casos de cierta especie. Esto es lo que nos hace distinguir los imperativos concretos y abstractos. Estos últimos son idénticos a la norma. La norma es, pues, el imperativo abstracto de las acciones humanas"(216). O cuando entiende:"La coacción ejercida por el Estado constituye el criterio absoluto del Derecho ; una regla de Derecho desprovista de coacción jurídica es un contrasentido; es un fuego que no quema, una antorcha que no alumbra. Poco importa que esta coacción sea ejercida por el juez (civil o criminal) o por la autoridad administrativa. Son Derecho todas las normas realizadas de este modo; todas las demás, aunque de hecho fueran universalmente obedecidas, no lo son. Sólo llegan a serlo cuando el elemento exterior de la coacción pública se les agrega (217). Con ello se enfrenta también, expresamente a autores como Puchta(218) que niegan a la coacción el lugar preeminente en

(216)Ihering,R. Obra citada,pag.163 y s.

(217) Obra citada, pag.159 y s.

(218)Pandectas. § 11, nota g.

el Derecho.

Sin embargo, aunque Ihering ocupa un puesto preeminente para los que entienden al elemento coactivo como constitutivo del Derecho, en Kelsen encontramos una modificación relevante. Frente a la consideración de Ihering de que el elemento coactivo es recogido por el Estado y puesto al lado de la norma jurídica para configurar el Derecho (219), Kelsen integrará dicho elemento en la estructura misma de la norma jurídica.

(219)Ihering.R.Obra citada,pag.158."El Derecho puede, en mi opinión, definirse exactamente:el conjunto de normas según las cuales se ejerce en un Estado la coacción.Esta definición encierra dos elementos: la norma y la realización de ésta por la coacción.Los estatutos sociales sancionados por la coacción pública, constituyen por sí solos el Derecho.Como ya hemos visto, el Estado es el soberano detentador de esta coacción.Las prescripciones revestidas, por él, de esta sanción, son las únicas normas jurídicas.En otros términos:el Estado es la única fuente del Derecho".

1. EL PRINCIPIO DE IMPUTACION.

Este principio se define por oposición al principio de causalidad. Así el principio de imputación (atribución), es utilizado "en la descripción de un orden normativo de la interacción humana" siendo un principio ordenador diferente al principio de causalidad, que opera en las leyes naturales. Ambos mantienen una estructura lingüística similar y las proposiciones bajo las que quedan enunciados los ejemplos de uno y otro principio son análogas. El verbo "deber" vincula tanto la proposición "Si un hombre comete una estafa, debe sancionársele con una pena" (expresión del principio de imputación) como esta otra: "Si un cuerpo es soltado a nivel del mar en el vacío debe caer con una aceleración de $9,7 \text{ m/seg}^2$ ", (expresión del principio de causalidad). La diferencia está en que de los diferentes sentidos de los que podemos entender el término **deber**, en el orden jurídico se utiliza como sinónimo de "estar algo

ordenado", de "ser facultativo" o de "estar permitida la consecuencia", mientras que la causalidad es el sinónimo de la descripción de lo que ocurre en las ciencias naturales. La voluntad humana da una determinada identificación al principio diferente del principio de causalidad, que se determina por un nexo de necesidad. (220)

Kelsen establece también la conexión que existe con la voluntad de un creador de origen divino en las explicaciones religiosas y metafísicas. Esta voluntad hace entender también las leyes naturales como expresión de una voluntad superior y en este ámbito serían normas que prescribirían a la naturaleza un determinado comportamiento. En este razonamiento sitúa Kelsen la doctrina metafísica del Derecho y la idea de "encontrar en la naturaleza un derecho natural" (221). Sin embargo afirma: "En el marco de una concepción científica del mundo, en cambio, dentro de la cual sólo

(220) Para ver el problema de la voluntad en la metodología kelseniana ver Anna Maria Campanale. *Valore di diritto e valore di giustizia in Kelsen*. ETS. Pisa. 1987. Pag. 22 y ss.

(221) *Teoría Pura del Derecho*. Obra citada, Pag. 91.

puede darse una doctrina positivista del Derecho, es necesario mantener con todo rigor la diferencia entre ley natural y enunciado jurídico" (222). Tal y como afirma García Maynez (223) "La oposición entre ley natural y norma sólo es posible si se reconoce la disparidad radical de los dos mundos, el del ser y el del deber ser. Tanto el ser como el deber ser son- dice Simmel -'categorias primarias'. 'El deber ser-agrega el ilustre sociólogo -es una forma de pensamiento, como el futuro o el pretérito, el subjuntivo o el condicional'". (224)

Los presupuestos kantianos han empezado a intervenir en la doctrina ya desde las bases del enorme edificio kelseniano. En

(222)Obra citada, pag. 91.

(223)E. García Maynez. **Algunos aspectos de la doctrina kelseniana**. Porrúa.- México, 1978. Pag. 12

(224)Kelsen. **Hauptprobleme der staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre von Rechtssatz**, Tübingen. J.C. Mohr (paul Siebeck), 1910. Versión castellana: **Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado. Desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica**. Porrúa. México, 1987. Pag. 7.

la estructuración lógica que el autor austríaco realiza de la regulación jurídica va incluir el elemento coactivo, la sanción, dentro de la norma. Kelsen hace una distinción previa entre lo que considera una norma y una regla o proposición jurídica. Sumamente interesado por la formulación lingüística de las proposiciones responderá como consecuencia de la visión de un jurista sobre dicha materia a las inquietudes que la suscita la estructura lógica de las normas. A través de la norma va a empezar a formular el principio de pureza del método que obedece a su concepción y objetivo de encontrar en el Derecho una construcción estrictamente formalista.

Kelsen recoge en su formulación de las proposiciones jurídicas la herencia kantiana. La distinción del ser y del deber ser le es de gran utilidad para desenmascarar la falacia de la doctrina iusnaturalista que mantenía desglosadas las normas en lo que el, entiende que no es más que dos partes o componentes de la misma. Parte de que hay dos deberes en la regulación jurídica: el que exige comportarse de una manera determinada en función de los fines

perseguidos por un ordenamiento, y por otro lado el deber de un órgano del Estado de obligar a quien no observa dicho comportamiento. La formulación cobra forma bajo el esquema siguiente: "Si **a** es, debe ser **b**; si **b** no es, debe ser **c**. "

Esta estructura se refleja en el denominado "enunciado general de la regulación jurídica: "En determinadas circunstancias, un determinado sujeto debe observar tal o cual conducta; si no la observa, otro sujeto (órgano del Estado), debe aplicar un castigo al infractor. "(225)

La norma jurídica es descrita en función de dos proposiciones jurídicas.

Ello conduce a una expresión de la norma jurídica que intenta ser desvinculada de todo contenido valorativo para ser

(225) En este sentido es recogido por García Maynez , Obra citada, pag.50 y s.



calificada como tal. La norma jurídica mantiene una estructura formal que queda definida mediante la conjunción de dos proposiciones jurídicas; una proposición jurídica denominada secundaria (si **a** es, debe ser **b**) y una proposición jurídica primaria (si no es **b**, debe ser **c**).

La redefinición de acto jurídico, que parte de la crítica de teorías como la de Austin (226), en tanto que este autor entiende la ley como "un mandato que obliga a una o varias personas" (227), haciendo correlativos mandato y deber. La crítica de Kelsen se produce sobre Austin al considerar que la norma jurídica, identificada con mandato prescribe la conducta que constituye el deber jurídico.

Dice Kelsen: "En el mandato de Austin no hay lugar para la sanción. Y, sin embargo, el mandato es obligatorio sólo a

(226) Austin. *Jurisprudence.*, pag. 96.

(227) Austin, *Obra citada*, pag. 96.

través de la sanción. El 'mandato' de que habla el citado autor es ese concepto auxiliar que anteriormente llamamos 'norma secundaria'. Habiendo comprendido que la sanción es un elemento esencial al Derecho, debiera haber definido la auténtica norma jurídica como un 'mandato' que estipula una sanción. El no haber sabido hacerlo lo puso en contradicción consigo mismo (228).

La consecuencia de la crítica de Kelsen es la inclusión de dos nuevos deberes, primarios y secundarios, que devienen de la consideración de la proposición jurídica primaria y secundaria respectivamente; los deberes y derechos secundarios serían los que contienen la conducta deseada por el legislador mientras que los deberes y derechos primarios son aquellos cuyo contenido estaría

(228)Kelsen, **Teoría General del Derecho y del Estado**.Universidad Nacional Autónoma de México.México, 1983.Pag.73.

formado por la sanción que debe ejecutarse en caso de que los mandatos primarios no sean obedecidos. Por ello dice Kelsen "Austin designa los deberes (y derechos) como 'sancionadores',- porque su objeto propio consiste en prevenir actos antijurídicos o delitos'. Son las normas estipuladoras de sanciones o, en la terminología de Austin, los mandatos que establecen sanciones.

Identifica el Derecho con los mandatos primarios (deberes, derechos) cuando dice: 'Si la obediencia al Derecho fuera perfecta, los derechos y deberes serían los únicos que existirían. 'El Derecho que crea estos deberes primarios consiste en mandatos que prescriben la conducta legal de los súbditos exigida por el legislador , y son mandatos que no estipulan ninguna sanción" (229).

Kelsen frente a Austin recorre un "iter" completo para situar el acto antijurídico como un concepto relacional más que en la consideración de un acto en sí mismo. En este "iter" Kelsen ha adoptado un supuesto y una disposición tanto en la proposición

(229)Kelsen.Obra citada, pag.74.

jurídica primaria como en la secundaria. "Si dos personas celebran un contrato de compraventa" sería el supuesto de la secundaria, y "el comprador debe entregar el precio convenido", ocuparía el lugar de la disposición. En la proposición jurídica primaria el supuesto quedaría bajo esta forma: "si el comprador sobrepasa el plazo para pagar el precio convenido" y completada por su disposición "el órgano estatal deberá obligarle al cumplimiento".

El acto antijurídico es una relación entre la conducta como condición de la sanción. Dice Kelsen: "Desde el punto de vista de la teoría que tiene como exclusivo objeto el Derecho positivo, no hay más criterio del acto antijurídico que el hecho de que la conducta sea condición de la sanción. No hay un acto jurídico en sí mismo. En la teoría penal tradicional se distingue el **mala in se** y **mala prohibita**, es decir, entre las conductas que son malas en sí mismas, y las que tienen tal carácter sólo en cuanto están prohibidas por un orden social positivo. Esta distinción no puede ser mantenida en una teoría del Derecho positivo. La

distinción es el elemento típico de la doctrina del Derecho natural (230).

García Maynez, al describir la estructura de la proposición secundaria que queda exhibida por las fórmulas citadas anteriormente entiende: "La conexión entre ambas la establece el supuesto de la primaria, es decir la hipótesis de que el obligado por la secundaria no observe la conducta que la correspondiente norma exige. El incumplimiento del deber impuesto por ésta es, pues, **condicionante** del deber jurídico primario o, en otras palabras, de la obligación estatal de sancionar" (231).

(230)Kelsen. Obra citada, pag.60. Respecto a estas líneas Kelsen cita a Blackstone en sus **Comentarios**, en la Introducción , donde afirma este autor: "En lo que toca a los **deberes naturales** y los delitos que son **mala in se**, estamos ligados en conciencia, en cuanto ligados por leyes superiores, antecedentes a las leyes humanas, y porque aquellas leyes nos obligaban a cumplir los primeros y abstenernos de los segundos. Pero en realidad con aquellas leyes que sólo establecen **deberes positivos** y unicamente prohíben aquellas cosas que no son **mala in se**, sino **mala prohibita**, sin ninguna mezcla de culpa moral, y enlazan una pena al incumplimiento, estimo que la conciencia nada tiene que ver, sino en lo que toca a la sumisión a la pena, para el caso de que tales leyes sean violadas."

(231) Garcia Maynez. **Algunos aspectoe de la doctrina kelseniana**. Obra citada, Pag.52.

Teniendo presente el horizonte marcado por Kelsen, desde el primer elemento, la norma jurídica, y la no contaminación de elementos axiológicos, podemos considerar que Kelsen realiza una acotación de la realidad normativa partiendo de la inclusión del deber ser en el mismo acto normativo. Así Schmill entiende que la coacción en la forma de la sanción, se incluye dentro de la norma dando un paso adelante respecto a Ihering quien manifestando el carácter coactivo del Derecho tan sólo yuxtaponía en la definición del Derecho el carácter coercitivo. Kelsen ofrece una aproximación de la que se desprende un problema teórico. El nivel en el cual se mantiene el principio de imputación es declaradamente y sustancialmente el del "Sollen", el deber ser. Por ello ha incluido dentro de la norma jurídica misma (o delimitada desde la ciencia jurídica, la proposición jurídica) dentro de la categoría que de manera kantiana mantiene su esquizofrenia con el "Sein", o Ser.

El problema de la reflexión iusnaturalista sobre la diferenciación entre el **mala in se** y **mala prohibita** que Kelsen

deja al descubierto, obtiene un reconocimiento doctrinal por la lucidez de la apreciación a la vez que deja abierto un dilema que el autor austríaco no soluciona. Si incorporamos a la misma norma jurídica el elemento que le faltaba para no dejar fuera del Derecho, y del ámbito de la ciencia jurídica, algo tan esencial como el elemento coactivo, si situamos en el nivel del deber ser este instrumento jurídico de primer orden, ¿cómo podremos mantener todo el Ordenamiento fuera de los elementos materiales que deciden y comportan la coacción jurídica?.

Ya en el primer nivel encontramos una contradicción que va a repercutir en el resto de los problemas que Kelsen va afrontando. Más adelante veremos que las críticas fundamentales en esta dicotomía entre el ser y el deber ser mostraban un punto de apoyo en la relación entre Derecho y poder y la crítica tradicional a la confusión entre una Teoría pura del Derecho y sus relaciones tanto encubiertas como manifiestas. Sin embargo es desde la estructura lógica de la norma y sus proposiciones jurídicas donde,

mediante la inclusión de la coacción como elemento jurídico y no paralelo o externo al Derecho, donde la relación y la confusión comienzan a darse. Quizás desde el punto de vista de la tradición de Ihering, podría ser mejor fundamentada esta diferenciación de niveles entre el ser y el deber ser, que paradójicamente, encuentra incluso en el pensamiento iusnaturalista, un caldo de cultivo más adecuado al alejar de la estructura jurídica la coacción, por muy cercana que quede (como es el caso de la tradición que le llega a Kelsen con Ihering a la cabeza (232).

Kelsen, sin embargo, fiel a la honestidad científica que late en su obra, consigue incluir dentro del Derecho, en este primer nivel la delimitación jurídica adecuada. Pero ello no quiere decir que ajuste satisfactoriamente el paso dado en su objetivo de pureza metodológica tal y como él la plantea. Kelsen presenta una nueva

(232) En este sentido la crítica no iría tanto por la idea de que la coacción puede obedecer a un criterio material o no por parte del Ordenamiento, sino a la realidad de que la coacción es un hecho, un ser y no un deber ser. Ni la puesta en proposiciones formales podría contradecirlo ya que estamos hablando de Derecho y no de cualquier otra estructura lógica de proposiciones.

distinción cuando explica su concepto de ideología. Incluye la coacción en la realidad analizable científicamente (233). Sin embargo se produce una acotación en Kelsen al tipo de realidad que debe ser estudiada (234).

(233)Calsamiglia,Albert.**Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica**.Ariel.Barcelona 1977.Pag.86.

(234)Ya veremos como esta visión va a ser una de las bases criticada por Recasens y recientemente por Herrera Flores, por la imposibilidad de entrar a considerar de manera objetiva la existencia de los valores en el Ordenamiento como elementos constitutivos del Derecho.

2. NORMA E IDEOLOGIA.

La ciencia tiene como objeto realidades de carácter físico y natural para Kelsen. De ello se desprende que una ciencia jurídica debe tratar al Derecho como si se tratase de un conjunto de fenómenos de carácter físico-natural. No obstante, el principio que rige las ciencias naturales es el de causalidad, y este ha sido contrapuesto al principio de imputación para los órdenes normativos de interacción humana. Si añadimos el carácter de jurídico a estos órdenes debemos entender que media una regulación de comportamientos humanos en la sociedad. "El objeto de la ciencia del Derecho es el Derecho" (235).

(235)Kelsen.*La Teoría Pura del Derecho*.Pag.83."En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del Derecho es el Derecho, se encuentra - menos evidentemente- incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del Derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas.(...)La ciencia del Derecho intenta concebir "juridicamente" su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del Derecho.Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como Derecho , y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de Derecho."La nota que acompaña este texto en la obra de Kelsen aclara que se enfrenta a la teoría "egológica" del

Esto significa que el primer elemento es destacado por la Teoría Pura en cuanto puede ser comparable en una ciencia natural a un hecho o elemento objetivo del estudio de la ciencia. En la distinción posterior entre la Estática y la Dinámica jurídica, nos encontramos nuevamente con una abstracción. El enfoque kantiano permanece presente y en esta ocasión va a actuar de una manera doble: al considerar al Derecho como un orden autónomo se extrema su autonomía incluso hasta la conducta regulada por el propio Derecho. Tanto la estática como la dinámica encuentran como diferencia el enfoque en la regulación de la conducta humana. Así dirá Kelsen al referirse a las teorías estática y dinámica del Derecho: "Depende cómo se acentúe uno u otro elemento en esta alternativa: las normas que regulan la conducta humana, o la conducta humana regulada a través de las normas, que el conocimiento se oriente hacia normas jurídicas producidas, aplicadas o acatadas mediante actos de conducta humana, o bien a determinados

Derecho para rechazar que el objeto de la ciencia del Derecho sea la conducta humana, y también a la teoría marxista que considera al Derecho como un conjunto de relaciones económicas.

actos de producción, aplicación o acatamiento, determinados por normas, pudiendo distinguirse entre una teoría estática y una teoría dinámica del Derecho" (236).

La conducta humana se abstrae de nuevo. El presupuesto kantiano persigue la autonomía. Gonzalez Vicen afirma: "Kant lleva a cabo esto partiendo de aquella noción central sobre la que había hecho ya descansar todo el edificio de su ética: la noción de autonomía. No de la autonomía en abstracto, es decir, como pretensión absoluta dirigida al ser moral del hombre, sino de la autonomía y sus posibilidades de realización por el hombre en su condición concreta de ser social. Un problema que podría también formularse así: ¿cómo puede el hombre determinarse libremente en sentido trascendental, cuando sus acciones hacia el exterior han de conjugarse forzosamente con las acciones de los demás hombres, es decir, con acciones que pueden impedir su obra moralmente necesaria?. A

(236)Kelsen. Obra citada, pag.83.

este problema que es, en último término, el problema de la posibilidad de la moralidad en la convivencia, Kant responde definiendo el Derecho como condición de la autonomía en el mundo de las relaciones sociales" (237).

El problema puede consistir en la compatibilidad de una conducta humana que es lo que debe regular el Derecho , ya desde la concepción de la Teoría pura del Derecho o desde otros esquemas con vocación de Teoría general, y la abstracción de dicha conducta. En lo que puede suponer de pérdida de los caracteres de la propia condición humana podemos encontrar la posibilidad de abstraerla hasta los ámbitos que Kelsen hace en el Derecho o en el concepto de Estado. En el análisis de la base kantiana, Gonzalez Vicen entiende: "El Derecho no es meramente un esquema de conducta debido, sino un orden cierto y permanente de las relaciones humanas, un orden que, por este su carácter de certeza y permanen-

(237)Gonzalez Vicen.*De Kant a Marx.Estudio de historia de las ideas.*Fernando Torres.Valencia, 1984.Pag.22.

cia, representa y garantiza el máximo de acción libre en la convivencia, y es, en este sentido, condición de la determinación del hombre como ser social. Este concepto del Derecho lleva, empero, implícita en sí la noción de una instancia decisoria suprema en la cual se haga real la idea de la certeza y permanencia de la regulación: es decir, la noción del Estado. De esta suerte, a través de la idea de la libertad y del Derecho, el concepto de Estado aparece como condición de la moralidad en la interdependencia del mundo social, o bien, dicho en otros términos como un postulado absoluto de la razón"(238).

En la diferenciación entre ciencia y política Kelsen entiende que el objeto sobre el que trabaja la ciencia es la realidad:"es decir, que las afirmaciones científicas se refieren a la realidad como opuestas a los juicios de valor en el específico sentido del mismo. Sin embargo existen unas disciplinas consideradas habitualmente como científicas, como la ética y la jurisprudencia

(238)Gonzalez Vicen.Obra citada, Pag.22.

cuyo objeto no es la realidad sino los valores" (239).

En la búsqueda de una realidad objetiva en el mundo jurídico como contraposición a la ética o a la jurisprudencia, Kelsen debe evitar algunos problemas lógicos y filosóficos. En primer lugar la constatación de que en la base del Derecho existen una serie de juicios de valor que subyacen en la estructura misma de la normativa jurídica. La subjetividad de los juicios de valor es una segunda nota a la que Kelsen va a referirse. Calsamiglia sitúa el tema: "El problema que se plantea es si puede existir una ciencia descriptiva de valores y como es posible esa objetividad. Para ello será preciso analizar los conceptos kelsenianos de realidad, juicio objetivo de valor, y juicio subjetivo de valor. El problema está muy relacionado con la noción kelseniana de ideología y es posible que describiendo este concepto y su función en la teoría pura del Derecho aparezca con claridad lo que es un juicio objetivo de valor y lo que es un

(239)Kelsen. **Science and Politics**. en *¿What is Justice?*.University of California Press, Berkeley, California, 1971. Versión castellana: *¿Qué es justicia?*. Ariel, Barcelona 1982 (reimpresión en 1991). Pag. 258.

juicio subjetivo de valor. No se pretende hacer aquí una crítica general a la ideología ni profundizar un estudio sobre ella, sino simplemente describir la noción de ideología que utiliza Kelsen.

La primera aproximación de Kelsen a esta noción y la consideración de la no vigencia de la ley de la causalidad, dejaba fuera, además de la ideología, al Derecho basado en el principio de imputación (240). Esta segunda noción tiene como objetivo escindir la ideología del Derecho del grupo de materias que pueden ser estudiadas desde un punto de vista objetivo. El Derecho quedaba en la primera aproximación dentro del ámbito de la no causalidad.

El criterio para producir esa escisión entre la ideología y el Derecho es una segunda aproximación a la ideología: "Si por ideología no se comprende todo lo que no sea realidad natural, o su

(240)Calsamiglia. Obra citada, Pag.85. "La teoría pura según esta concepción, sería ideológica en el sentido de que estudia relaciones diferentes a las de la naturaleza. Kelsen lo admite pero señala que una descripción puede ser ideológica y sin embargo objetiva. Para ello tiene que introducir la segunda noción de ideología.

descripción, sino una exposición no objetiva, transfiguradora o desfiguradora de ese objeto, influida por juicios de valor subjetivos que ocultan el objeto de conocimiento; y si se designa como "naturaleza" no sólo la realidad natural como objeto de la ciencia jurídica, sino todo objeto del conocimiento, incluyendo, por lo tanto, el objeto de la ciencia jurídica, el Derecho positivo como realidad jurídica, entonces también la exposición del Derecho positivo debe mantenerse libre de ideología (en el segundo sentido de la palabra)..." (241).

Frente a esta interpretación podemos extraer la diferencia para Kelsen entre los juicios subjetivos de valor y los juicios objetivos de valor. Solamente los segundos quedan dentro del estudio científico. Kelsen con ello estaría haciendo una especie de gradación. En primer lugar se sitúan los fenómenos que reflejan la realidad, de carácter físico y natural, y las ciencias que bajo el principio de causalidad estudian estos objetos. En segundo lugar los

(241)Kelsen, Obra citada, Pag.121.

juicios objetivos de valor que por su relativa objetividad pueden arrojar una serie de objetos susceptibles de ser estudiados por la ciencia jurídica con el principio de imputación como esquema instrumental. En el tercer nivel quedarían los juicios subjetivos de valor, que proporcionan elementos subjetivos no susceptibles de ser analizadas por un ninguna ciencia dado su carácter.

Calsamiglia recogiendo la terminología de Cossío sustituye "juicios objetivos" y "juicios subjetivos" de valor por deber ser lógico y deber ser axiológico por ser más adecuados a los conceptos kelsenianos y alejarse de posibles confusiones. Quizás, también obedece este camino a que la terminología que Cossío recoge refleja mejor una distinción que mediante los juicios subjetivos y objetivos de valor, no aclara Kelsen del todo. Afirma Calsamiglia: "La distinción entre deber ser lógico y deber ser axiológico ,permite a Kelsen establecer la delimitación entre ciencia jurídica objetiva y aideológica, que se ocupa solamente de la descripción de las normas jurídicas, cuyo objeto de conocimiento es

el Ordenamiento jurídico, y el juicio subjetivo de valor que no pretende conocer sino persuadir. Al jurista científico no se le permite utilizar esos juicios de valor subjetivos porque oscurecen y desfiguran el objeto de conocimiento"(242).

Para establecer esta diferenciación Kelsen acude a distinguir entre juicio objetivo de valor y juicio subjetivo de valor. Calsamiglia conecta esta distinción con el concepto de ideología precisamente porque la noción de realidad es considerada por Kelsen para poder ser puesta en relación con los juicios objetivos y subjetivos de valor y su resultante en hipotético objeto "puro" de la ciencia. La puesta en relación que Calsamiglia hace con la noción de ideología en la segunda acepción refleja la depuración kelseniana hasta lograr un lugar sólido que decante lo que hay de "objetivo" en el objeto de la ciencia jurídica y lo que es identificable con ideología en el sentido de subjetivo y ajeno a esta misma ciencia.

(242)Obra citada, Pag.87.

El deber ser axiológico es lo que debe ser por su valor intrínseco mientras que deber ser lógico es el nexo de carácter imputativo que relaciona el antecedente con el consecuente, sin mediar valoración alguna.

Sin embargo en el deber ser lógico Kelsen, como veíamos antes, ha puesto en relación elementos que, por una parte, regulan el comportamiento o las conductas humanas, y por otro lado, en el segundo elemento relacionado sitúa la coacción. Esta coacción, que no es sino coercibilidad por parte del Estado, tampoco puede trasladarse a un esquema lógico sin desentrañar los problemas que contrae la abstracción de un elemento complejo como si fuese una categoría formal. La crítica que Kelsen hace a Kant por haber entendido el deber ser como una relación moral y no como una categoría lógica, le lleva por el camino de considerar al resto de los elementos que formulan su principio de imputación, desde el plano lógico, como categorías formales igualmente. En este sentido el carácter de coercibilidad que parte del Estado con todo su contenido

en la propia definición(y no en los posteriores extensiones materiales que configuran los diferentes tipos de coacciones en virtud del Estado concreto del que hablamos o del Ordenamiento específico al que podamos hacer alusión), no puede ser abstraído a una categoría formal sin ser diferenciado de una coacción de cualquier otro tipo(ya sea de carácter social, de carácter normativo no jurídico,-como el campo de la ética-, etc.). La finalidad de Kant en este deber ser le llevaría a considerarlo dentro del ámbito de la idea moral que exige unos contenidos concretos. Kelsen critica que el principio formal de Kant respecto a la idea moral no soluciona los problemas concretos ya que acaba donde debe empezar para que así fuera.

Como precedente del conocimiento científico Recasens indaga en Kelsen un prejuicio más que una vía de conocimiento en esta materia concretanmente. A ello llega a través de los comentarios que el autor austríaco hace de los autores clásicos - Platón,

Aristóteles, Kant - por cuanto lo que recoge de ellos viene sesgado por la búsqueda de un concepto material que aquellos estaban obstinados en no dar (243). Al hablar de la crítica que Kelsen hace de algunas de las doctrinas implicadas en la relación de la justicia con los valores afirma: "...Tal crítica muestra la habitual agudeza y brillantez de Kelsen; pero está determinada por sus prejuicios, los cuales operan como una especie de red, que , de los pensamientos criticados, deja pasar solamente aquellas partes en la que es fácil clavar objeciones, sobre todo cuando esas partes quedan desmembradas de su contexto total. De Platón subraya especialmente una declaración en la Epístola VII de que la visión del bien absoluto es posible solamente en una especial experiencia mística, que sólo unos pocos son capaces de obtener por gracia divina". En este sentido la expresión bíblica de "dar a cada uno lo suyo" , la regla máxima kantiana "haz a otro o no le hagas a él según lo que desees que él haga o no te haga", o la justicia aristotélica , como virtud formal del

(243) Recasens. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Obra citada, pag.410 y s.

justo medio son exponentes de lo que Kelsen rechaza con o sin los prejuicios apuntados por Recasens (244). Afirma este autor: " ...La doctrina de que los principios morales constituyen solamente valores relativos no significa que no constituyan valores; significa que no hay un solo sistema moral, sino que hay varios diferentes, y que, por tanto, se debe elegir entre ellos. Así pues el relativismo impone al individuo la difícil tarea de decidir por sí mismo lo que es justo y lo que es injusto. Esta es la más seria responsabilidad que un hombre puede asumir". (245)

(244) Recasens. Obra citada, pag.411: Después de apuntar las tesis anteriores, y añadir la concepción del derecho natural como un ámbito en el que se encubren previas concepciones bajo el supuesto de su derivación de la naturaleza o de la razón afirma respecto a Kelsen: "Este recorrido crítico lleva a Kelsen a reafirmar lo que él llama su tesis relativista: ' si la historia del pensamiento humano prueba algo, es solamente la futilidad del intento de establecer, por vía de consideraciones racionales, una norma absoluta, emte correcta de conducta humana como la única justa, y que excluya la posibilidad de considerar también como justa la norma opuesta' (...)

(245) Recasens. Obra citada, pag. 412.

Después de repasar la consideración respecto a la expresión "Dar a cada uno lo suyo", el autor austríaco debería reflexionar respecto a la forma de completar este camino más que negar su incorporación por no ser posible el tratamiento científico. En sus planteamientos respecto a la justicia hace un diagnóstico del que existe en la conciencia humana y según entienden Recasens y Herrera Flores más recientemente (246), debería haberse ocupado de encontrar una vía de tratamiento de los datos de la conciencia que se materializan en el Derecho, en vez de cerrar los ojos a pesar de constatar su evidencia, merced a un entendimiento "demasiado estrecho" de lo que es ciencia (247) y sus instrumentos (248). Aquí Kelsen podría traicionar su convicción kantiana

(246) Herrera Flores. **Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos**. Anuario de Filosofía del Derecho. 1987. Pag. 403 y ss.

(247) Nuevamente el problema de la delimitación y definición de ciencia de la que hablamos en el capítulo primero.

(248) Hay un interesante contraste de la experiencia jurídica en relación con la filosofía del Derecho que repercute en esta cuestión, vista primero en diferentes modelos y después aplicado al razonamiento jurídico en Recasens, **Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable**. Citada. Capítulo II, pag. 48 y ss. Cap. IV, pag. 109 y ss. y Cap.V, pag. 143 y ss. y que para la fundamentación de los valores utiliza Herrera Flores, **Cuestiones básicas para la fundamentación de los valores jurídicos**. Citado, en su punto IV, pag.418 y ss.

para ponerse en manos de Hegel. Lo real es racional en ambos sentidos(249).

Esto no quiere decir que pueda haber una gradación que sea conveniente explicitar. La coacción en sí puede ser formalizada y ser descrita unicamente como aplicación de la fuerza. Sin embargo esta definición formal está a medio camino entre la categoría trascendental a la que Kelsen pretende llevarla para alcanzar ese deber ser lógico, exento de elementos valorativos, del que no está excluido el origen de ninguna norma concreta.

La formalización de la coacción no entraña dificultades comprensivas, pero al hablar de coacción en el ámbito jurídico, su abstracción a categoría formal, dejaría fuera a elementos valorativos que devienen de la concepción del Estado y que destruirían el

(249)Ver la Filosofía del Derecho de Hegel.Introducción es importante.

intento.

Solamente desde un punto de vista simbolista podemos entender que el hecho- en este caso la fuerza-, puede abstraerse del hecho mismo bajo el concepto de coacción. En esta situación se produce la escisión anunciada de Wittgenstein entre el hecho y el lenguaje o pensamiento que lo representa (250).

Hay no obstante quien entiende de manera diametralmente opuesta esta consecución dialéctica de la utilización de la coacción como categoría formal. Carrino recoge alguna de estas opiniones:

"Nel campo della politologia e degli studi giuridici questa struggente nostalgia di fondazione ontologica -di norme

(250)Wittgenstein.*Tractatus Logico-Philosophicus*. Citada. Prop. 2.1 Pag.43."Nosotros nos hacemos figuras de los hechos". Y Bertrand Russell en la Introducción a la obra añade: " Una figura, dice, es un modelo de la realidad, y a los objetos en la realidad corresponde los elementos de la figura; la figura misma es un hecho." Pag.14.

contenutisticamente determinate- e il bisogno di un 'più profondo legame tra vita e filosofia del diritto' (251), sembravano necessariamente portare ad un allontanamento sempre maggiore da quella filosofia neo-kantiana dei Cohen, dei Natorp, al cui puro metodologismo Hans Kelsen aveva voluto, per molti versi , legare le sorti dei fondamenti epistemologici della sua *reine Rechtslehre*. Il recupero, sia pure secondo precisi limiti e confini, della filosofia dei valori della scuola del Baden, di Rickert e di Lask in modo particolare, accentuava ancor più l'isolamento del pensiero 'analitico e non dialectico' della *wiener Schule*, già allora da alcuni considerata nelle sue conseguenze ultime nien'altro che la giustificazione della nuda forza come diritto" (252).

Kelsen mantiene come gran elemento de su objetivo

(251)Cursiva del autor citando a Schwinge, E.**Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft**. Bonn, Röhrschmeid, 1930, pag.16.

(252) Carrino, A. **L'ordine delle norme .Politica e diritto in Hans Kelsen**. Edizioni Scientifiche Italiane. Nápoles, 1984. Pag.24. En el último entrecomillado se refiere a la obra de Isay, H. **Rechtsnorm und Entscheidung**, Berlin Wahlen, 1929, pag.268.

metodológico la purificación de todo deber ser axiológico para mantener el deber ser lógico no contaminado por la estimativa ni por sus juicios de valor, siendo esta la base de la ciencia jurídica. Sin embargo hay que tener en cuenta que existe una diferencia entre gobernado y gobernante, poder y mando, relaciones de hecho que inspiran la doctrina kelseniana; de esta diferencia, al igual que Kant hereda la abstracción de la figura de la voluntad general que Rousseau había planteado como base de su contrato social, Kelsen hereda la formalización del mandato y del poder. Poder en forma de Estado que se identifica con el Derecho manteniéndose en paralelas categorías formales. Pero la existencia de relaciones con contenido material no es categorizado de igual manera que las relaciones formales por parte del pensador austríaco. La racionalidad incorporada a la realidad de Hegel tan sólo cuenta para Kelsen en unos datos como la voluntad de poder o la de dominio. La voluntad de justicia o de libertad que subyace en dichas relaciones anteriores pierden sus caracteres a mitad de camino en el proceso de abstracción. Quedan reducidos a exclusivos datos psicológicos, antropológicos.

cos o a componentes éticos cuanto más. Y no es menos cierto que Kelsen, al igual que el resto de los ciudadanos que son objeto de la regulación jurídica por ser regulación de comportamientos, "padece" dichos datos, con igual fuerza en su estructura cerebral como los principios formales que se dogmatizan en la Teoría Pura del Derecho . Kelsen parte del idealismo y toma del psicologismo tan sólo lo que hace corroborar su teoría. Los datos de la conciencia de carácter material "que ahí están" no parecen merecer ninguna categorización por no ser objeto adecuado de la trascendencia.

Aunque Kelsen no ha sometido a una confrontación de la que salgan dichos principios formales como absolutos, si prescinde de todo argumento material por ser absoluto. De igual manera la exclusión del elemento material de su ciencia jurídica, no es más que una sesgada posición fruto de una concepción determinada, no exenta de elementos axiológicos. Es el valor de la seguridad, de la certeza jurídica, del esquema que va hacia la sistemática con todas

sus características dentro de la corriente del sistematismo- plenitud, coherencia, exención de antinómicas- que responden a necesidades tan básicas como materiales y concretas. Esta sistematicidad no se produce a través de la propia y tradicional unidad sistemática del Derecho con todos los elementos que se atribuyen a esta ordenación, sino que además incorpora Kelsen los elementos propios del Estado que completan la formación unitaria.

II. EL PROBLEMA DESDE EL SISTEMA.

Kelsen llega a la sistemática influido por Von Gerber, por las tesis críticas de Laband y de la mano de Jellinek. Su aportación sistemática es importante tanto desde el punto de vista de la meta a la que llega - toda su descripción de un Derecho sistemático que la ciencia jurídica recoge después- y también por el medio por el cual explica su llegada. Kelsen entiende: " Esta dirección - refiriéndose a la corriente científica de los tres autores antes citados-, apartándose de la nebulosa metafísica del Estado, pretendía ser una teoría del Estado positivo, esto es, una Teoría del Estado estrictamente jurídica, sin matiz político alguno. Esa teoría era una parte del gran movimiento científico-social que - paralelamente a una evolución análoga en el dominio de las ciencias naturales - se dirigía contra la especulación iusnaturalista del siglo XVIII, y aspiraba,

apoyada en la escuela histórica del primer tercio del siglo XIX, a construir una teoría de la sociedad real (Sociología) y del Derecho positivo. (253).

Debemos tener en cuenta que Kelsen centra su trabajo en un tiempo muy concreto, con unas necesidades que hereda de su época inmediatamente anterior. El ambiente que Kelsen respira queda reflejado en la monumental novela de Musil, *El hombre sin atributos*, desde un aspecto no exclusivamente literario (254). Esta misma Viena que completa Schmill: "Esta descripción -se refiere a las palabras de Musil - es de magistral ironía. Y en este ambiente permeado de música y arte, brotan rebeldes, osadas, las corrientes filosóficas, científicas y artísticas que han alimentado culturalmente al siglo XX. Ahí se dieron la escuela psicoanalítica, con Freud y sus

(253)Kelsen,K. **Teoría General del Estado**. Versión castellana: Luis Legaz Lacambra.Editora Nacional. México, 1979. VII del Prólogo.

(254)Musil, R. **Der Mann ohne Eigenschaften**. Rowohlt Verlag. Hamburgo, 1952.Versión castellana: **El hombre sin atributos**. Seix Barral, Barcelona 1969. Pag. 44 y ss.

discípulos; la música dodecafónica de Schönberg, Alban Berg y Anton Webern; el positivismo lógico (Moritz Schlick, Otto Neurath, Rudolf Carnap y, de algún modo, también Karl Popper); la Jurisprudencia pura (Hans Kelsen, Adolf Merhl, Alfred Verdross, Franz Weyr, Fritz Sander); la termodinámica estadística de Boltzmann; en literatura, Schnitzler, Rilke y Hoffmannsthal; la pintura del Jugendstil (Klimt, Schiele, Kokoschka), y el movimiento de secesión, así como los precursores de la escuela de arquitectura del Bauhaus con Adolf Loos y Otto Wagner, independientemente de figuras tan ilustres como, predominantemente, Karl Krauss, Fritz Mauthner, Otto Weininger, Robert Musil, Hermann Broch, Ernst Mach, la escuela austríaca de economistas y Ludwig Wittgenstein. (255)

La réplica de todos estos autores, incluido Kelsen

(255) Introducción de Ulises Schmill al libro de Rudolf Aladár Metall. **Hans Kelsen . Leben und Werk.** Frank Deuticke. Viena, 1969. Versión castellana: **Hans Kelsen. Vida y Obra.** UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 1976. Pag.2 .

responde a una moralidad determinada. La que tendía a ridiculizar y a poner de relieve la moralidad imperante que contaba con algunos rasgos muy concretos, blanco de las críticas en todos los campos de la renovación contemporánea.

La búsqueda de Kelsen responde a unos intereses muy concretos. Pero esos intereses no deben ser confundidos con un eventual contenido del Derecho como elemento identificador como si tuviese a la fuerza que aparecer forzando a las palabras escritas de un autor a decir algo que no dijeron. Schmill ha querido aclarar alguna contradicción que han venido posteriormente, en el comentario a la obra kelseniana, concretamente a los **Hauptprobleme** . Se refiere a la consideración de **la Teoría Pura del Derecho** como una doctrina formal que abandona el estudio de los contenidos del Derecho. Kelsen ajusta sus postulados, incluso en modo de declaración explícita los rasgos de su "depuración" de los contenidos del Derecho según directrices kantianas. Al hablar del método de la línea doctrinal que forman los anteriores expone sus propias

directrices:

"Su método estaba influido, más o menos consciente y consecuentemente , por la crítica kantiana de la razón : Dualismo de ser y deber ser, sustitución de hipóstasis y postulados metafísicos, por categorías trascendentales como condiciones de la experiencia, transformación de antítesis absolutas (por cualitativas y transistemáticas) en diferencias relativas, cuantitativas, intrasistemáticas; paso de la esfera subjetivista del psicologismo al ámbito de la validez lógico-objetiva: he aquí algunos momentos esenciales de este método, y las directrices de mi labor teórica". (256).

Los contenidos axiológicos necesariamente tocan cada uno de los supuestos y significa el ajuste decidido de un neutralismo valorativo pero situado en un contexto muy particular. La formulada escisión entre el ser y el deber ser no aboca necesariamente, según la corriente kantiana, a un Derecho desasistido de

(256)Kelsen, H.Obra citada, pag.VIII del Prólogo.

elementos axiológicos.

Sin embargo no debemos hallar contradicciones allí donde no las hay. Kelsen declaró el carácter ideológico del Derecho (257). Frente a la crítica que puede sufrir Kelsen sobre su fracaso como una teoría que intenta explicar el Derecho positivo, su propia capacidad integradora nos permite , tener preparado el camino a partir de sus trabajos para aproximarnos a una sistematización, con su ordenación y la descripción de sus elementos, priemramente formales. El intento estaba abonado por su propio autor al convertir los elementos formales en objetos cuasi-materiales a través de elevarlos a categorías trascendentales como hizo Kant. El criterio de validez kelseniana convierte al Ordenamiento y a su reconocimiento en criterio a la vez objeto de la propia validez de las normas jurídicas .

(257) Schmill,U. .**La pureza del Método en la Teoría Kelseniana**. Artículo incorporado al trabajo en colaboración con R.J. Vernengo:**Pureza metódica y racionalidad en la Teoría del Derecho**. Citado. Pag.12.

En este sentido la norma kelseniana actúa de una doble manera. Como objeto del estudio del Derecho en tanto que es la unidad básica del Ordenamiento jurídico, reguladora del comportamiento, el deber ser positivado y por otro lado es el criterio, el juicio que en la norma hipotética es fundamental va descendiendo de grado en grado, siendo cada norma juicio y objeto de la posterior y anterior respectivamente. La norma opera como objeto y juicio instrumental de validez.

Esto significa que las categorías trascendentales kantianas no sólo han dado paso a la conceptualización del Derecho y del Estado, sino que a través de su identificación han elevado consigo el objeto de su estudio. Un Derecho formalizado y alejado de las conductas humanas de las que partió al tiempo que las abstraía. El problema surge cuando en la formalización queda fuera la esencia misma del objeto regulado: el contenido de las relaciones humanas sujetas a la regulación jurídica.

La identificación por tanto puede darse en la misma cúspide, donde se unen Derecho y Estado. La conexión en este nivel con el elemento axiológico es algo más que una conexión para Carrino:

"A che portano la eleborazioni semi-centenarie di Kelsen sulla separazione di *Sein* e *Sollen*, la struttura a gradi (*Stufenbau*) dell'ordinamento, la norma intesa come guidizio oggettivo di natura ipotetica, l'identità di Stato e diritto?. Essenzialmente alla affermazione dell relatività e convenzionalità del diritto e dello Stato. (258).

Y en términos que vinculan la dicotomía con la respuesta axiológica, Carrino realiza el "cierre" desde un punto de vista general , casi externo al propio Derecho: "Il diritto é per Kelsen un valore (*Wert, Sollen, Norm, Geist*), ma nei suoi "contenu-

(258) Carrino, A. Obra citada, pag.34.

ti" relativo e non assoluto: non è un "etwas heiliges", come per Hegel, ma solo un'ideología specifica attraverso la quale gli uomini si sforzano di raggiungere e realizzare interessi particolari, che benché possano essere di svariato tipo e afferenti ad àmbiti diversi, sono però sempre connessi ad un fatto storicamente e antropologicamente invariante: la distinzione tra chi comanda e chi è comandato, tra governanti e governati, tra chi ha in pugno la spada del potere e chi deve temerne il filo: " la differenza fra la volontà del singolo, punto di partenza dell'esigenza di libertà, e l'ordine statale, che si contrappone all'individuo come volontà estranea, è inevitabile", anche nella democrazia più completa" (259).

Añade más adelante, en la relación Derecho, moral y poder : "Il Diritto, complesso di norme ma più ancora - a mio avviso - sistema di qualificazioni di organi o centri di poteri, gerarchicamente disposti, non solo non costituisce per Kelsen un valore di verità assoluto, ma, apparentemente, non ha nemmeno il

senso - come in Gustav Radbruch ("Diritto come realtà ha il senso di servire alla giustizia": Radbruch **Rechtsphilosophie**, Stuttgart, Koelher, 1973, pag. 91, en nota 9 del texto).- di *servire* la giustizia e la verità. Esso si presenta come strumento, mezzo, "tecnica specifica" per la convivenza sociale e il controllo dei comportamenti umani nelle mani di chi detiene il potere politico effettivo" (260).

En suma, el sistema kelseniano aparece como una sucesiva abstracción de los diferentes integrantes de su edificio normativo. El elemento coercitivo al que hemos aludido antes, forma parte integrante de la norma y a la que con este elemento se abstrae de una categoría de deber ser de igual manera. Schmoll ha entendido la integración de la coacción como "primera interiorización o la semantización del acto coactivo", en la estructura "condicional e hipotética" de la norma(261). Cuando Schmoll especifica esta

(260) Carrino, A. Obra citada, pag.35.

(261)Schmoll. **Introducción a los Hauptprobleme**. XVII.

terminología se remite más concretamente a la "semantización de elementos pragmáticos" (262).

Mientras que en la estática jurídica se incorporan los problemas jurídicos que se desprenden del problema del concepto del Derecho, Derecho subjetivo y deber jurídico y obligación de la persona, la responsabilidad, el concepto del Estado y la distinción entre Derecho público y privado.

La norma fundamental en Kelsen, su integración de la idea del poder en el Derecho, el vaciamiento axiológico de las normas concretas y de la norma fundamental, aislan el Derecho de la moral y de la política, frente a los componentes de la comunicación de esos tres mundos que la cultura jurídica de los valores superiores supone. Kelsen preconiza la soberanía del Ordenamiento,

(262) Ver nota 12 de la *Introducción a los Hauptprobleme*. XVII.

como dice Heller (263) y ese soberbio aislamiento no es el lugar propicio para los valores superiores, como legalización de la moralidad.

(263) Ver Heller, H. **Die Souveränität**. Berlin - Leipzig, 1927. Versión italiana de P. Pasquino. **La Sovranità ed altri scritti sulla dottrina del Diritto e dello Stato**". Giuffrè, Milan 1987, pag. 67 y ss. La referencia crítica a Kelsen en pag. 118. (Hay edición castellana en Fondo de Cultura Económica, 1965.)

CAPITULO TERCERO:

LA TENSION ENTRE EL CONTENIDO

FORMAL Y MATERIAL DE LOS

VALORES. HELLER. MORTATI.

SCHMITT.



La cultura de Weimar estaba por una parte animada por el romanticismo de Fichte y de Schelling. Lucas Verdú recoge sus raíces en el " ...proto-romanticismo del Sturm und Drang, en la Lebensphilosophie cuyo profeta es Nietzsche , su sistemático - antisistemático Dilthey y su sociólogo "trágico" Simmel . Tratase del expresionismo precedente a la Primera Guerra Mundial. Es un alma llevada por el "fanatismo de la expresión" y añade: "La otra alma estriba en la cultura de la racionalización que interpreta las nuevas exigencias de la racionalización, del desarrollo del aparato productivo. " (264) Lucas Verdú recoge una dicotomía entre una cultura más o menos estética, una "cultura de la expresión" y una cultura que propone el instrumento racional como aglutinador de una "cultura de la racionalización".

(264) Lucas Verdú, Pablo. *La lucha contra el Positivismo jurídico en la República de Weimar*. Tecnos. Madrid, 1987. Pag.39 y ss.

Sin embargo en esta separación no se comprende muy bien las contraposiciones establecidas entre Comunidad y Sociedad, (**Gemeinschaft** y **Gesellschaft**) de Töennies, la dicotomía del **sein** y **sollen** kelseniano, el "amigo - enemigo" schmittiano o en el campo del Derecho Constitucional la diferenciación entre Ley Constitucional y Constitución (en sentido positivo). No parece que estas dicotomías integren a sus elementos en el ámbito o de la expresión o de la racionalización. Más bien obedece la tensión a la flexibilidad de dichos conceptos que son llevados hasta su extremo.

I. HERMANN HELLER

La oposición entre normatividad jurídica y normatividad social, uno de los ejes de la Teoría del Estado de Heller (265), extiende su campo fuera del elemento racionalizador y no supone en absoluto una parte integrante de la "cultura de la expresión".

Heller, dentro de la aproximación al objeto y método de la teoría del Estado, en concreto en su relación con la política aborda el problema de la oposición entre el ser y el deber ser afirmando que esta oposición no es sino una imagen distorsionada.

(265)Heller,Hermann.**Staatslehre**.A.W.Sijthoff'sUitgever-smaatschappij, N.V, Leiden, 1934.Versión castellana: **Teoría del Estado**.Fondo de Cultura Económica.México, D.F.1942.Cap.II y II.(Pag.200 y ss. especialmente). También **La soberanía**. Citada.

"El juicio sobre lo posible político se obtiene de la valoración de lo político real, es decir, de las diversas tendencias actuales de evolución. Por eso no hay nadie que ante las fuerzas que actualmente contienden, pueda permanecer como un mero sujeto de conocimiento, sin ninguna relación volitiva con ellas; ni puede haber tampoco nadie que no vea a la realidad política también " bajo el aspecto de su posible mutabilidad" (266).

A esto añade más adelante: "... De todo ello se desprende cuan improcedente es esa antidialéctica oposición absoluta entre ser y deber ser, acto y sentido, voluntad y norma, tanto al diferenciar la Teoría del Estado de la Política como al distinguir la actitud del teórico político de la del práctico (...). Ni la teoría ni la práctica pueden deducir sus ideas maestras del espíritu puro; una y otra han de extraerlas de las motivaciones psicológico-pragmáticas de los hombres reales. Si las tendencias políticas del futuro pueden "preverse", como piensan los marxistas, mediante las tensiones

(266)Heller,H. *Teoría del Estado*. Citada, Pag.73.

dialécticas del presente, o si a lo actual se opone, en una mayor o menor concordancia con determinadas tendencias, un ideal para el futuro, es cosa que no tiene importancia en este caso. Pues, de todos modos, la visión que del futuro tiene el dialéctico teórico es, también, una orientación valorativa que trasciende de la realidad, es decir, de lo presente, o sea, una "utopía" en el sentido de Mannheim (267) , a la cual no puede renunciar. Porque sólo el hecho de que la actualidad se haga cuestionable, debido a ciertas tendencias que en ellas actúan, puede plantear un problema. Y únicamente por el hecho de considerar válidas determinadas tendencias de la evolución llega a encontrar una idea rectora que le permita orientarse, elegir e interpretar. (268)

La orientación que da Heller le aboca casi necesariamente a reflejar el consenso que necesita el relativismo de la acumulación de criterios bajo la apariencia teórica de que dicha

(267) Mannheim, Karl. *Ideología y Utopía*. Fondo de Cultura Económica.- México 1941. Pag. 173.

(268) Heller, H. Obra citada, pag. 73.

acumulación sustituye a un mismo nivel , a cualquiera de las opciones dadas desde cada coherencia teórica.

Heller sin embargo sólo está advirtiendo un sesgo de lo que Mannheim ofrece. Heller detecta los problemas de la construcción teórica cuando el relativismo no sólo ha hecho irrupción en las realizaciones prácticas sino que además solicita su lugar como formulación teórica. Cuando Heller afirma siguiendo a Mannheim (269) que "con una mera adición relativista de todas las posibilidades de orientación, lo único que se obtiene es desorientación"(270) está sesgando el contenido más abierto y reflexivo de éste último. Mannheim, especifica que al entrar en el ámbito de lo político se halla todo en un " proceso de devenir y en el que el elemento colectivo en nosotros, considerados como sujetos cognoscentes,

(269)Mannheim,Karl.Obra citada, pag.150 y s.

(270)Heller,H.Obra citada, pag.73 y s.. Y añade deslizándose a otro ámbito ya "la suma de los programas de los partidos no conduce a una posición segura por encima de ellas, sino a ala recíproca acumulación de todos los puntos de vista, con lo que se va a dar, necesariamente, en aquello a que lleva todo relativismo, es decir, al agnosticismo".

ayuda a forjar el proceso de *devenir* , en el que el pensamiento no es contemplación desde el punto de vista de un observador, sino más bien activa participación en el propio proceso y re-creación de éste, parece surgir un nuevo tipo de conocimiento, verbigracia, aquel en el que la decisión y el punto de vista se hallan inseparablemente unidos. En tales dominios, no existe nada que se parezca a una visión meramente teórica por parte del observador"(271). Mannheim indica que no podemos separar el interés, la valoración y la concepción del mundo del producto del pensamiento y afirma que en caso de existir esta separación la relación debe volver a establecerse. Pero la *comunicabilidad del conocimiento político* es tan sólo el planeamiento, la base sin la cual el fluir de las diferentes concepciones no puede llegar a ningún desarrollo. Heller degüella la opción en su cuna, y niega las posibilidades valorativas de un relativismo que desde la sociología lejos de rebatir su construcción

(271)Mannheim,K.Obra citada, pag.150.(Cito por la segunda edición de 1987)

la reforzaría. (272)

La dicotomía anunciada no lo es ciertamente. En otro ámbito, cuando Heller recorre el Derecho como condición de la unidad estatal (273) afirma: "el ser y el deber ser son, sin duda, elementos antagónicos que no pueden ser referidos ni el uno al otro ni ambos a una común raíz lógica, pero sí pueden ser enlazados en el concepto de la ordenación normativa social" (274).

La integración y desintegración que producen las realidades que la denominada "normalidad jurídica" y la "normatividad social" se apoya desde el objeto y el método en realidades

(272) Por ello Mannheim afirma: "Tal vez nuestro intelectualismo estimule nuestro anhelo de un punto de vista situado más allá del tiempo y de la historia: de 'una conciencia en sí' de la que surjan imágenes independientes de perspectivas particulares, y capaces de formularse en leyes generales, eternamente válidas. Pero no es posible alcanzar este objetivo sin violentar el objeto. Si tratamos de elaborar una ciencia de lo que se halla en proceso de *devenir*, una ciencia de la práctica y para la práctica sólo podremos lograrlo descubriendo una armazón nueva en la cual este tipo de conocimiento pueda hallar una expresión adecuada. Obra citada, pag. 151.

(273) Heller, H. Obra citada, Pag. 199 y ss.

(274) Heller, H. Obra citada, Pag. 203.

normativas diferentes; ahora bien , la construcción dogmática que en Heller conlleva los presupuestos tanto de la normatividad jurídica como la social pasa por la desconsideración de que ambos pueden ser polos de una gran contradicción sino que son matices integrados de una gran realidad.

"Sin embargo, la distinción entre las vinculaciones normativas de la voluntad de carácter intersubjetivo y las meramente subjetivas , entre normas sociales y normas de la intención, no puede ser considerada como algo absoluto, sino que debe ser comprendida en su relatividad histórica y sistemática". (275)

La consideración histórica en Heller tiene la misma moderación con la que cuenta la aproximación de las diferentes normatividades. Previamente abordada en la Teoría del Estado como sociológica (y no ciencia del espíritu sino ciencia de la realidad) determina las coordenadas de la "esencia " histórica. Ni

siquiera acudiendo a la posible relatividad que Heller encara aparentemente al dar estos matices históricos está dando pábulo a la confrontación de la que extrae Lucas Verdú una premisa de la cultura weimeriana. Afirma Heller: "...Así tiene que ser, porque las estructuras de sentido de carácter histórico, contra lo que corrientemente se sostiene trascienden sólo en muy relativa posición del devenir histórico. No hay contenido de significación alguno que, al cabo de un tiempo mayor o menor, no haya experimentado un cambio, en su significación, más o menos importante. Si se objeta que ese cambio no afecta a la "esencia" - la cual se pretende que trasciende de la realidad histórica, aunque en realidad, aparece concebida en diverso modo por la conciencia de cada momento - y se hace de ella la cosa en sí. (...) Con todo lo que antecede, no queda destruida la autonomía metódica de la ciencia del sentido, que considera a sus formaciones de sentido como algo inmanente y las hace "valer" como formas que se apoyan en sí mismas." (276)

(276) Heller, H. Obra citada, pag.63.

Por tanto la verdadera contradicción puede encardinarse en los aparentes contrarios ser - deber ser de Kelsen y la normatividad jurídica y social de Heller por poner un sólo ejemplo. Sólo la tensión de los segundos recibe un trato de elementos contradictorios a la luz de la crítica que Heller hace de la teoría kelseniana. Si la perspectiva fuera la opuesta, el ser y el deber ser de Kelsen aparecerían no sólo como puros sino como un concepto único frente a la aparente dicotomía de Heller. Porque el **sein** y el **sollen** y su negada separación en Heller (y no sólo en Heller, sino en Smend o Schmitt entre otros) tienen frente a los valores una engañosa apariencia de oposición según la visión de Heller.

No es necesario afirmar que las consecuencias vienen dadas no a partir de la aplicación de los métodos de conocimiento sino de la propia consideración de cuales son dichos métodos de conocimiento.

Esta metodología no es inocente. Al igual que al tratar

el enfoque de la "filosofía de los valores" afirmábamos que el objeto se iba acomodando al instrumento de su estudio y no al contrario (277), Heller acomoda el lugar de los valores a la integración del ser y del deber ser en su método del reconocimiento que de ellos hace la teoría del Derecho. La superación de ese reconocimiento y el lugar preponderante que la realidad social ocupa en la definición del Derecho hace que la observación de los valores se acomode a una dinámica viva de la Teoría jurídica. esto es , en su relación con la teoría política y social.

"Los griegos llamaban a la religión, la moral, las costumbres, los convencionalismos sociales y el Derecho , indistintamente, *δίκη*. "*Δικαιος* es el nombre tal como debe ser el hombre que se contiene o reporta y *ἄδικος* su contrafigura , lo mismo que menosprecia la ley que el ateo, el malo, el cínico o el desvergonzado" [cita que recoge de Ihering (278)]. Lo propio cabe decir del

(277)ver Capítulo Introductorio.

(278)recogido de Ihering, *El fin en el derecho*. La cita del texto la recoge Heller de la versión alemana (*Der Zweck im Recht*) de 1905, pág. 40 s.

mischpat de los hebreos, del **dharma** de los hindúes y del tabú de muchos pueblos primitivos. Por otra parte la relación dialéctica que existe entre el individuo y hace que las ordenaciones encaminadas de manera inmediata a la formación de la sociedad deban seguir siempre un rodeo a través de la persona individual , en tanto que las normas que tienden inmediatamente a la formación de la personalidad ejercen necesariamente mediatos influjos en la formación de la sociedad. Por esto el mismo contenido normativo puede aparecer como mandato de la religión, de la moral, de las reglas del trato convencionales y del Derecho, como nos lo prueba el Decálogo.

"(279)

La valoración aparece como un polo de atracción que confluye en el pensamiento de Heller exigiendo la necesaria revisión de los compartimentos estancos del ser y del deber ser kelsenianos, aunque para ello deba acudir a un principio formal y no material

(279)Heller, H.Obra citada, Pag.201.

para establecer el puente de conexión entre ambas categorías.
(280).

El Derecho aquí para Heller es un deber ser, una norma que impele a su cumplimiento por el hecho de ser válida. Pero su validez lleva consigo una actitud de carácter amplio para no desasistir al concepto formal de su carácter material. El objeto, el carácter sustantivo de los valores aparece determinado entre los intereses comprendidos en la adecuación de unas pretensiones materiales a la propia ventaja o utilidad personal y la representación normativa acomodada al carácter social. Heller piensa que el hombre "nace en un mundo preformado de representaciones que , más o menos firmemente estructuradas, diferenciadas y obligatorias

(280) Así añadirá Heller: "Nunca ha sido , pues, el contenido normativo el elemento decisivo para distinguir las diversas especies de normas , sino la autoridad a la que se atribuye el establecimiento de la norma. Las normas de la intención son referidas por el hombre del actual mundo occidental, en cuanto a su establecimiento y garantía , a la conciencia, a la razón o a Dios, mientras que las normas sociales las imputa a la voluntad humana." Obra citada, Pag.201. Plantease con ello, no sólo para el Derecho sino para todas las ordenaciones normativas sociales, el problema de una necesaria relación entre voluntad y norma, entre ser y deber ser.

para esferas más amplias o restringidas, forman su manera de ser, aun sin participación de su conciencia y, por tal manera , dirigen su obrar. "(281).

La axiología se sustenta en la base de la inescindibilidad del sujeto con el comportamiento social y su comprensión pasa por un conocimiento integral del mismo. La valoración se orienta hacia la conciencia de lo que podía, como hacen los fenomenólogos, especialmente Hartmann, destacar ideas trascendentes del ser con entidad propia. En Heller esto se niega dado que la conciencia tiene el mismo carácter que las representaciones normativas, un carácter social. (282)

La normatividad desde la perspectiva que ofrece Heller (y como luego veremos Mortati critica) encuentra en el componente

(281)Heller, H. Obra citada, Pag.101.

(282)Heller,H.Obra citada, Pag.102."Tales representaciones normativas - entre las que figuran los convencionalismos sociales y el Derecho - no son, en manera alguna, ideas trascendentes del ser sino que, como la conciencia, pertenecen al ser social del hombre".

social un complemento tan necesario como difuso. A través de las diferentes reflexiones que en la Teoría del Estado hace el autor alemán la reconducción hacia la sociología de los problemas de la normatividad son solo alusiones parciales. La inconsistencia de la normatividad como regulador jurídico de las relaciones humanas parece trasladarse al tratamiento de la sociología, siendo este campo el natural refuerzo para completar dicha normatividad. (283)

El tratamiento axiológico se difumina entre los objetos de formación del sentido jurídico y de la forma social aunque estos aparezcan con caracteres y métodos científicos según Heller , absolutamente diferentes. Si distinguimos entre dos caracteres científicos por un lado tenemos una ciencia de la realidad que parte de la consideración del "acto" y de la conexión actual de la realidad

(283) Así al referirse al Estado estima: "la formación social que se llama Estado debe ser diferenciada tajantemente, no sólo desde un punto de vista objetivo sino, además, metodológico, de toda estructura de sentido. El Estado no es espíritu objetivo y quien intente objetivizarlo frente a su sustancia psicofísica, verá que no le queda nada en las manos. Pues el Estado no es otra cosa que una forma de vida humano-social, vida en forma y forma que nace de la vida".Heller,H.Obra citada, Pag.59.

hacia su objeto, que ocupa para Heller la Teoría del Estado. En segundo lugar la ciencia del sentido que "aísla el contenido de significación o sentido, e investiga la conexión de sentido en su legalidad específica, sin relación alguna, en lo posible, con la "actualización" real. De ello se ocupa la Ciencia dogmática del Derecho. La separación se convierte en una escisión de bisturí cuando al Estado se le despoja de su significación y sentido, aislado de las causas de todo orden que Heller menos escrupulosamente ha querido citar en cuanto que causas psíquicas de análisis del Estado.

La axiología viene fundamentalmente de la mano de la voluntad que se agazapa detrás del elemento jurídico y toma sus formas para la Teoría del Estado . Sin embargo ésta prescinde de los sentidos subjetivos que pueden vincular al Estado. No es el objetivo de la Teoría del Estado el explicar el psiquismo y por ende lo que hay detrás de las positivizaciones que ocupan a la Ciencia dogmática del Derecho. Pero lo que vincula a Heller con el espíritu de su época en torno a los valores jurídicos es que sí introduce

dentro de la Teoría del Estado la necesidad de que trata no los "fines" del Estado sino "el fin" del Estado. La idea corresponde a que las diversas voluntades como raíz axiológica aquí no cuentan tanto para el autor alemán sino el valor como sinónimo de justificación y fundamentación del ser del Estado. Toda la explicación de la Teoría del Estado como ciencia política va encaminada a crear la imagen de una Teoría que tiene muy presente la verdadera realidad del Estado. Los fines no son tan destacables aunque cuando afirma que la Teoría del Estado es Sociología está respondiendo a la amalgama de relaciones humanas y sentido del espíritu que Heller entiende como imprescindibles para considerar todo estudio jurídico político serio. Pero no a modo de complementar las estructuras normativas sino como elementos identificadores del fenómeno político. Lo que ocurre es que él lo eleva al nivel de ciencia aunque para ello tenga que lograr el difícil acto de congelar una imagen por él definida como siempre viva. Por ello ocupa un lugar preferente la sociología como conjunto de métodos capaces de aproximar la realidad viva a una ciencia del conocimiento ya sea ésta de la

"realidad" o de "sentido".

El valor queda así realmente desdoblado en los fines del Estado que se difuminan en la Ciencia dogmática del Derecho y el fin del Estado, un valor que fundamenta la existencia del Estado mismo y que queda a merced del estudio indirecto de la Teoría del Estado. (284)

La base de Heller estriba por una parte en la inescindibilidad del sujeto con los elementos de su competencia social y el hecho de que el Derecho, al regular dichas relaciones adopta intrínsecamente los caracteres esenciales que observa Heller en dicha relación.

Para ello hay en Heller un rechazo a la concepción de sentido objetivada, tendente a deslindar el objeto del sujeto como

(284) "Según una consideración no metafísica, el sentido del Estado sólo puede ser su función social, es decir, la misión que tiene que cumplir como "factor", como unidad de acción en la conexión de la actividad social". Obra citada, pag.223.

elemento del conocimiento independiente del segundo. Ello significa no solo tener como teoría falaz el planteamiento kelseniano por su radical separación del ser y deber ser en el supuesto metodológico de la teoría pura del Derecho (285), sino detenerse en la interpretación de Smend y de Mortati para deslindar algunas aproximaciones a veces convertidas, con un criterio no muy riguroso, en alianzas doctrinales. En todo caso en Heller, como veremos se dan algunos de los elementos necesarios para construir una teoría de los valores como legalización de la moralidad.

(285)Heller, H. Obra citada, pag.62. "Ni existe aquí ninguna teoría pura porque estamos unidos existencialmente como dijimos, con el objeto de conocimiento; porque estamos incluidos colaboramos en el grupo social y mantenemos con él indestructibles relaciones de ser y de voluntad".

II. MORTATI

Mortati, si bien toma presupuestos no alejados de la concepción fenomenológica al igual que Smend, considerando a la Constitución en su doble dimensión de norma traductora de la realidad social con carácter dinámico, distingue su apreciación de las conclusiones del autor alemán. La crítica de Mortati se fundamenta en que la consideración Smendiana de una Constitución entendida como principio dinámico del devenir del Estado no se arraiga en una realidad jurídica ni socio-política clara y definida : Así afirma: "Mentre egli ha ben visto la necessità di intendere la costituzione come principio dinamico del divenire dello Stato, non come mera norma legata alla situazione del momento in cui è emessa, non

sembra abbia precisato in modo soddisfacente come debba intendersi un siffatto principio. Il rappresentare, comé egli fa, la costituzione quale realtà desumere nulla intorno alla natura e al modo di operare di tale integrazione, ne lascia cogliere le ragioni che possano indurre a riguardare questa come l'elemento specifico della costituzione statale." (286).

En primer lugar porque no hay elementos suficientes para diferenciar no ya en función de la situación de los valores constitucionales, sino de la totalidad del conjunto de elementos primordiales para Smend, el Estado de cualquier otra entidad espiritual. Mortati lo explica en sentido negativo, de manera que el proceso de un hacer y el proceso de integración de las dimensiones más dinámicas que aglutinan el orden social y en última instancia lo definen, no pueden representar el carácter distintivo del Estado

(286) Mortati, C. *La Costituzione in senso materiale*. Giuffrè. Milán 1940. Pag.51 y s.:

(287).

Mortati no solamente hace hincapié en el producto final, una teoría de la interpretación que al término de su planteamiento es incapaz de diferenciar la construcción jurídica de cualquier otra situación espiritual compartida por una base social, sino que presenta las fallas de la teoría de Smend en la formación de dichas valoraciones :

"Il riferimento, che si trova nello Smend, ai supremi valori politici, che sono in essi positivizzati, non vale a conferirle il ricercato carattere di permanenza, in quanto i valori stessi non appaiono espressione di una volontà determinata, non hanno un portatore, ma sembrano concepiti come diffusi nella coscienza sociale e quindi sottoposti ad un incessante mutamento. " Aquí Mortati se apoya en Kelsen y en Huber. (288).

(287)Mortati,C.Obra citada, pag.52

(288)Mortati,C.Obra citada, pag.53.

La crítica se centra en la imposibilidad de encontrar unos portadores de los valores jurídicos, aunque estos sean inmediatamente traducidos en valores espirituales o políticos, con nula entidad como elementos jurídicos. Aún siendo realidades tan sólo aparentemente jurídicas, es necesario para Mortati arraigarlas en portavoces situados en el Derecho para poder servir como referencia en el intercambio jurídico. Necesita de la ineludible identificación jurídica porque la característica de estabilidad, de permanencia y de certeza que se sitúa en la base de todo orden jurídico, desaparece en la doctrina de Smend.

Con ello caemos en el punto opuesto del equilibrio que va forjando la doctrina de los valores como una relación, que dinamita con su desarrollo el propio punto de partida de la fenomenología, esto es, considerar los valores como esencias que autores como Smend, Mortati o Schmitt sitúan en el seno de la comunidad. El problema constituye el reverso de la desconexión entre ser y deber ser, en este caso por incapacidad de explicar el fenómeno de

la autoridad, del fenómeno del Derecho y del Estado por unos valores disueltos en la colectividad sin intérprete adecuado ni asidero jurídico.

Esta Constitución en sentido material exige el desdoblamiento entre ley constitucional y constitución (289) al igual que en Schmitt aparece como distinción entre ley constitucional y Constitución en sentido positivo y que tiene como formulación subyacente la aportación de Jellinek en cuanto escisión de la Constitución real y la Constitución jurídica. La razón es que sustituye, en la crítica al modelo kelseniano, la norma hipotética que cierra el sistema por los elementos materiales que se identifican con el sujeto de la cual emana y dota a esta norma de un carácter no hipotético sino positivo y material. El objeto es demostrar en términos diferentes que no pueden distinguirse entre presupuestos conceptuales y elementos configuradores del concepto jurídico de

(289) Mortati. Obra citada, pag.39 como ejemplo ya que incide prolíficamente en esta separación.

Constitución. Detrás está la configuración de la norma hipotética no como norma definida formalmente sino materialmente y que hay que buscar en el portador de dichos contenidos.(290)

La diferenciación también aparece en su comentario a las tesis de Smend aunque esta vez aplicando un principio metodológico del estudio constitucional al tomar al comienzo de su volumen la posibilidad de concebir a la constitución como función (291). De ello se desprende el tratamiento que realiza de la constitución como principio dinámico que trasciende de la mera ley constitucional, concebida como simple norma vinculada a la situación del momento en el cual es emitida (292).

De esta manera la crítica se perfila desde la negación del formalismo por su imposibilidad de colmar las lagunas que la ley

(290) Mortati. Obra citada, pag. 38.

(291) Mortati. Obra citada, pag.18.

(292) Mortati. Obra citada, pag.51 y ss.

deja sin acudir en última instancia a criterios que el sistema formal no puede reconocer como materiales y que entran por una puerta falsa a través de la interpretación (293). En cuanto que la deducción lógica como base de la cadena de validez kelseniana deja fuera las consecuencias del acto de voluntad creativo del Derecho para Mortati se admite la existencia de un ordenamiento doble, esto es, los derivados de la distinción entre acto de voluntad creativo del Derecho y el conocimiento del Derecho (294). Del primero, Mortati hará derivar todo el enfoque del segundo.

Cuando se enfrenta a Kelsen por creer en la interpretación jurídica ajena a la deducción de las leyes formales inserta en una suerte de política legislativa, Mortati para contestar al problema de la legitimidad que aparece indefectiblemente en el tema del contenido material, recorre diferentes autores, algunos ya citados.

(293) Ver Vezio Crisafulli. *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Giuffrè. Milán. 1952. Pag.39, en torno a las normas programáticas y su interpretación a así como la capacidad material referidespués a la Constitución alemana de 1919.

(294) Mortati, Obra citada, pag.35.

En Smend, detrás de su concepto de Integración , recoge Mortati la idea de los valores supremos de carácter político, difusos y formando la base real de la juridicidad del Estado , integrado conforma a los valores de la sociedad. Pero al igual que critica en Ross, (295) se produce la misma situación de inseguridad y desasimiento de un portador de dichos valores, que en Kelsen no existe por coherencia doctrinal y en Mortati aparece muy claramente, no porque surja al final la pieza que le faltaba al sistema sino porque ese sistema material de valores está diseñado desde la importancia de dicho elemento. Este no es otro que el del partido político: " La natura dell'istituzione non può immaginarsi quindi altrimenti se non come lo scopo, o il complesso degli scopi , che sonno ad essa posti dal partito, e intorno ai quali viene ordinata tutta quella parte della vita sociale, al quale appaia rilevante per le necessità della convivenza"(296).

(295) Mortati, Obra citada, pag.54 y ss.

(296) Mortati. Obra citada, pag.155. La aclaración de la cita que el mismo autor realiza a pie de página -nota 39 del Cap. III- sobre este texto aclara su dimensión exacta: "Come per la natura della complessiva istituzione statale, così si dica per la natura di singole particolari istituzioni, sorgenti nel suo

En el complejo y difuso conjunto de interrelaciones que son expresión de los elementos materiales de esa constitución viva Mortati desanda el camino que guiaba las crítica anteriormente citadas. Si antes el problema al que se enfrentaba Kelsen era el origen y legitimidad del orden formal y la discrecionalidad de sus interpretaciones ante la ausencia de elementos materiales correctores, Mortati da ahora un paso delante. La legitimidad, en el portador de los valores materiales, pasa por una mezcla de eficacia (297) y de natural coherencia del grupo que va a mantener esos valores con la propia "esencia" de dichos valores materiales. La comunidad participa en el planteamiento en el origen de la legitimidad, puesto que es una constitución real, material compartida, pero no deriva en una presencia en la aplicación de una forma directa, ni siquiera a través de criterios reguladores de carácter racional, como en Smend, y que no es sino la aplicación del

seno; essa non è data dall'insieme degli organi e dei singoli còmpiti, bensì dalla funzione, dallo scopo, che precede, e presiede alla costituzione degli uni e alla distribuzione degli altri".

(297) Mortati. Obra citada, pag.154.

gobierno de la razón (298) . Así afirma: "E ciò, come si è avvertito, può essere opera non della comunità indifferenziata, ma solo del grupo, che assume in essa la funzione attiva necessaria per estrarre dall'indistinto, dal vago, dal molteplice degli interessi comuni quegli orientamenti ritenuti necessari per la comunità stesa, o eventualmente per imporne altri, non sentiti immediatamente dai consociati, è che imprime agli orientamenti stessi i caratteri della obbiettività, della riconoscibilità, della determinatezza, necessari perchè essi assumano la funzione normativa giuridica, nel senso qui sostenuto" (299).

El camino estaba preparado desde la inclusión de una aparente parte orgánica de la constitución en donde, para no restar el fundamento al Ordenamiento y vaciar dicho sistema de su valor efectivo, se incluye "come elementi dell'ordine giuridico l'attività

(298) Y que no es sino la aplicación del criterio del gobierno de la razón en el sentido aristotélico -libro V de *Ética a Nicómaco*. Citada. Pag.80 - que la Ilustración apadrina y que Weber recoge como legitimidad racional, como fundamento del poder.

(299) Mortati. Obra citada, pag.155.

degli organi supremi e , con esso, quella delle forze politiche che sostengono e dirigono gli organo stessi" (300).

Si en el esquema kelseniano se produce una identificación del Estado con el Derecho, con la crítica de Mortati por el criterio de coherencia formal desde el que se produce, ahora en el autor italiano se produce la misma identificación sólo que por la absorción del Estado respecto al Derecho. Si tenemos en cuenta que el partido -único y de corte fascista- , no sólo está amparado por la legalidad constitucional sino que se asume e integra como órgano del Estado al que se supeditan los criterios de decisión.

Ante una primera advertencia de Mortati de que o bien el partido único, o bien a través de la concurrencia de varios partidos en un sistema plural, mediante la imposición mayoritaria, los órganos supremos del sistema debiesen supeditar sus acciones al

(300) Obra citada, pag.135.

ámbito de los intereses del partido, (301), cuando pasa a estudiar la Constitución en la segunda de sus funciones, la de la unidad, otorga al partido un papel decisivo. No solo por el alcance y carácter de su decisión sino porque encarna ese principio de unidad sustancial tan relevante precisamente en un sistema que se apoya en los contenidos materiales de la Carta Magna.

Si el positivismo jurídico había resuelto el problema de la armonía del sistema acudiendo a la idea de la unidad y la plenitud del Ordenamiento jurídico mediante el valor autónomo de las fuentes de producción del Derecho, ello era posible porque se basa en la ficción que Mortati denuncia desde el sistema material y desde su interpretación y lagunas que necesariamente debe colmar el portador de los valores materiales. "Rigettanto, per le ragioni già ripetutamente esposte, il punto di vista detto e riaffermata la necessità di un principio unificatore di carattere sostanziale, deve

(301) "Da ciò si desume come , oltre che nel momento della nomina, la funzione delle forze politiche si svolge successivamente, nel senso di limitare l'azione degli organi supremi e contenerla nell'ambito degli interessi del partito." Obra citada, pag.143.

escludersi che questo possa essere ricavato dal complesso delle norme vigenti".(302). Si Mortati corrige los criterios unificadores para que éstos sean sustanciales y después los entrega al partido toda la crítica de legitimación que el autor esboza en el comienzo del volumen exigiría la propia contestación ahora que ha propuesto él su solución. Evidentemente no lo hará, y difícilmente podría hacerlo en un contexto de pensamiento fascista. Sin embargo, la vinculación de los criterios sustanciales bajo el disfraz de elementos identificadores del sistema con una base del espíritu del pueblo lleva a destacar la función legitimadora desde caracteres aparentemente científicos e inocuos (303). Del paso de la unidad a la uniformidad sustancial es buena prueba todo el desarrollo del propio capítulo tercero de la **Costituzione in senso materiale**, y como los principios sustanciales van nutriéndose del programa e ideario del

(302) Obra citada, pag.150

(303) "L'ipotesi più semplice è che gli elementi essenziali dell'ideologia del partito siano inseriti nello stesso testo costituzionale, sotto la specie di premesse, di preamboli, di dichiarazioni di principio, o in altro modo indicati. Il loro carattere giuridico non potrebbe essere negato considerandole come affermazioni teoriche, battuzioni nazionali non più in vigore." Obra citada, pag.160.

partido. Es, si seguimos la propia la linea expositiva del propio Mortati, tan difícil que la Constitución de estrechos criterios formales responda a las necesidades de las relaciones humanas como critica al positivismo como que, en primer lugar el partido sea el fiel y exacto portador de los criterios plurales de la comunidad, y en segundo lugar, si alguna vez coincide con ellos en algún punto o extremo pueda mantenerlo y autogarantizarlo desde la única garantía de su auto-ajuste interno. (304) Es el paso nada inocente del cientifismo- jurídico del positivismo a la política- ficción como presupuesto inverosímil del planeamiento fascista.

(304) Ver en este sentido pag. 160 y ss.

III. SCHMITT

En la historia del Constitucionalismo aparece un elemento material que exige un "porcentaje" determinado para aprobar la incorporación de elementos materiales a un texto jurídico, o para modificarlo si ya , de una manera explícita o tácita, ya esta dispuesto en él. Carl Schmitt denuncia esta técnica que se incorpora en la parte dedicada a los Derechos y Obligaciones de la Constitución de Weimar.

Schmitt sitúa y critica la toma de posición del neutralismo axiológico. El problema se plantea en la contradicción de ambas

partes de la Constitución, orgánica y dogmática. "La teoría y la práctica jurídicas de tal Constitución se encuentran ante la siguiente alternativa: o bien abandonan la consecuente neutralidad axiológica - respecto a los valores jurídicos, morales y políticos - de la parte orgánica, o bien abandonan el "sistema de sentidos" del contenido de la segunda parte de la Constitución. Porque la Constitución es un todo, y hasta para una routine administrativa y judicial completamente subalterna son inevitables los efectos, tanto próximos como "remotos" de sus axiomas "(305).

La crítica de Schmitt parte del rechazo del relativismo por ser una aparente actitud que no tiene una apoyatura coherente en ningún criterio racional puesto que lo único que se logra no es suprimir la existencia de los contenidos materiales sino sólo optar por un sistema material que aboga por la no inclusión como elementos identificadores del sistema de determinados criterios de

(305) Schmitt, C. *Legatität und Legitimität*. Duncker & Humblot. Munich y Leipzig, 1932. Versión castellana: *Legalidad y Legitimidad*. Aguilar, Madrid 1971. Pag.73.

validez objetiva material: "Entre la neutralidad axiológica por principio del sistema funcionalista de la legalidad y la acentuación axiológica por principio de las garantías de contenido material establecidas por la Constitución no hay término medio. El funcionalismo de la mayoría calificada sería, cuanto menos, un "compromiso razonable". Quien quiere permanecer neutral ante la cuestión de la neutralidad, se ha decidido ya en favor de la neutralidad. La afirmación de valores y la neutralidad ante los valores se excluyen recíprocamente: " Frente a una afirmación de valores formulada en serio, la neutralidad axiológica formulada en serio significa una negación de los valores" (306).

En este caso la cuestión que trasluce la presencia de los contenidos materiales se enfoca desde el problema de las mayorías simples y cualificadas en la Constitución de 1919. La exigencia de la mayoría cualificada de dos tercios del artículo 76 de la Constitu-

(306) Schmitt, C. Obra citada, pag.73.

ción del Reich (307) centra la crítica de Schmitt para destacar el salto cualitativo que produce la adición cuantitativa.

La figura del legislador "ratione materiae" es el centro del ataque y la cualificación de la mayoría por una simple adición aritmética tiene para el principio democrático de las mayorías una consecuencia radical en el análisis schmittiano. La diferencia del 15,66 por 100 que media entre el 51 por 100 y el 66,66 por 100 produce el salto cualitativo y la especial protección para la aprobación de leyes cuyos contenidos quedan más fuertemente consolidados produce una subversión en la legalidad del Estado legislativo parlamentario. "Porque ahora se plantea la cuestión de cuál es

(307) La Constitución podrá ser reformada por vía legislativa; pero para que prosperen las resoluciones del *Reichstag* modificativas de la Constitución, se necesita que estén presentes dos tercios del número legal de sus miembros y que aprueben la medida dos tercios, por lo menos, de los presentes. Todos los acuerdos del *Reichstag* para la reforma de la Constitución, requerirán mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Y si mediante iniciativa popular hubiera de acordarse en *referéndum* una reforma constitucional, será necesario que la apruebe la mayoría de los electores con derecho a votar.

Cuando el *Reichstag* vote una reforma constitucional frente a un veto del *Reichsrat* el Presidente del *Reich* no promulgará la ley si el *Reichsrat* solicita, en término de dos semanas, la celebración de un *referéndum*. (Texto tomado del libro de Pérez Serrano y González Posada. **Constituciones de Europa y America**. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1927. Pag. 48.)

propiamente la *ratio* de esta exigencia de un 15,66 por 100 más. ¿En qué se basa la calidad y la dignidad de esa cantidad adicional de votos, que es capaz de constituir un legislador de categoría superior al legislador ordinario y una legalidad más vigorosa que la de éste?. En lo que tiene de rechazo del formalismo ético es razonable pero, en cierto sentido es contradictorio con el decisionismo, por lo que parece que lo que realmente rechaza es el principio de las mayorías mas que el papel de la voluntad en la fijación de los criterios jurídicos. (308)

La crítica toma especial relevancia con dos elementos que completan la visión. Por un lado la idea de que no hay frente a la mayoría intereses duraderos que merezcan y necesiten ser protegidos, dado que en una democracia no hay , legítimamente , ninguna división duradera y organizada del pueblo en mayoría y minoría (309). Por otro lado la crítica viene desde el aparente-

(308)Schmitt,C.Obra citada, pag.61.

(309)Schmitt,C.Obra citada, pag.64.

mente escrupuloso respeto a la Constitución formal, parte orgánica del texto de 1919 y de la que la segunda parte, (donde se incluyen los "Derechos y Deberes de los alemanes") no es más "que un fragmento de otra especie de Constitución, que se contrapone a la neutralidad axiológica y sin contenido de la Constitución propia del Estado legislativo parlamentario" (310).

Lo destacable de esta crítica no es la idoneidad de la ampliación de determinadas garantías constitucionales de carácter material. Según Schmitt son razonables y justas (311). El problema radica en la contradicción respecto de la neutralidad axiológica del Estado legislativo parlamentario que "no solo lo limitan, sino que también lo destruyen" (312) .

El valor primordial del Estado de Derecho para Schmitt

(310)Schmitt,C.Obra citada, pag.65.

(311)Schmitt,C.Obra citada, pag.69

(312)Schmitt,C.Obra citada, pag.70

radica en la libertad de corte burgués. La expresión "equívoca" permite al autor describir la posible pero no completa definición del Estado de Derecho como todo Estado que respeta sin condiciones el Derecho objetivo vigente y los derechos subjetivos que existan (313) por un lado. Desde el ámbito de la axiología jurídica interesa la acepción más ajustada a la intención de la cultura jurídica y que en la Teoría de la Constitución, Schmitt cita : "Estado de Derecho significa el contraste frente al Estado de fuerza - el varias veces citado contraste entre *liberté du citoyen* y *glorie de l'état*(. . .) y en un tercer sentido: "El concepto del Estado burgués de Derecho recibe un sentido preciso cuando, no contentándose con los principios generales de la libertad burguesa y de la defensa del Derecho, se establecen ciertos criterios orgánicos y se sostienen como característicos del verdadero "Estado de Derecho" (314). Los fundamentos definidores del Estado de Derecho son grandes elementos formales, denominados por Schmitt *criterios orgánicos*

(313) Schmitt,C. **Verfassungslehre**. Munich, 1928.Versión castellana: **Teoría de la Constitución**. Revista de Derecho Privado, 1934. Pag.150.

(314) Schmitt,C.Obra citada, pag.151.

que sostienen el "verdadero Estado de Derecho", esto es, además de los principios generales de la libertad burguesa y de la defensa del Derecho, la distinción de poderes y el principio de legalidad (315).

El principio que atañe a la libertad no es del todo, no obstante formal en Schmitt. Viene vinculada en su Teoría de la Constitución a la *"mensurabilidad de todas las manifestaciones de poder del Estado"*. El Estado de Derecho burgués se cierra en las pretensiones de legalidad, división de poderes, competencia y control desde la independencia judicial. Pero la vinculación que Schmitt reconoce del régimen jurídico-político con las aspiraciones vivas de la clase burguesa distorsiona la visión estrictamente jurídica dado que lo que incluye por un lado como ampliación lúcida del origen de los principios del Estado de Derecho, por otro lado, en el contraste y valoración posterior, el origen cuenta como un elemento añadido y no tan sólo como raíces ocultas del entramado jurídico-

(315) Schmitt, C. Obra citada, pag. 152 y ss.

político. Cuando en Legalidad y Legitimidad critica la incoherencia de la propuesta dogmática junto a la orgánica, refiere la inconsistencia de vincular los criterios materiales a un texto cuya identificación debe producirse tan sólo por elementos formales. Esto no sólo exige una separación entre lo formal y lo material sino que, como estamos hablando de un texto jurídico, repercute en una concepción política, como el mismo reconoce indirectamente con la vinculación que en su **Teoría de la Constitución** hace de las formas jurídicas, social-económicas de clase y de las formas de organización políticas. Su doctrina de la Democracia, en el apartado 17 de su sección tercera, recompone los valores del sistema de participación política prolongando elementos del Estado de Derecho. La libertad, la igualdad y la justicia forman los mismos pilares si son explicados de manera conjunta, pero es la libertad burguesa la única que aparece en los elementos formales del Estado de Derecho.

La libertad es considerada ante todo un principio liberal en su sentido de libertad individual pero "entra en juego tan sólo

para el elemento de Estado de Derecho de la Constitución moderna, no como principio político-formal" (316). La diferencia establecida con la igualdad no sólo reside en que ésta representa un contenido y la primera una forma primaria, radicada en la naturaleza humana (317) , sino que como consecuencia de esta concepción la primera se sitúa como elemento positivo del Estado de Derecho burgués y la igualdad como elemento negativo de la Teoría Democrática, en cuanto su primera definición es la ausencia de "distinciones y límites" (318).

La igualdad proviene por tanto de la voluntad política mientras que la libertad es un dato del Estado de Derecho burgués.

(316)Schmitt,C. Obra citada, pag.261.

(317)Schmitt,C. Obra citada, pag.261. "De la palabra "libertad" hay que decir que, empleada en el sentido de una libertad individual, que corresponde por naturaleza a todo hombre, es un principio liberal".

(318)Schmitt,C. "...con ella no pueden construirse ningunas instituciones especialmente estructuradas, y sólo puede comportar la disolución y abolición de distinciones e instituciones que ya no tengan fuerza en sí mismas" Obra citada, pag.263. Y más adelante: "La idea de la igualdad humana no contiene un criterio , ni jurídico, ni político ni económico. Su significación para la teoría constitucional estriba en que corresponde al individualismo liberal y está al servicio de los derechos fundamentales".

La diferenciación de ambos planos obedece a una distinción metodológica para encajar el resto de los elementos de uno y otro campo en dos niveles jerárquicos diferentes, pues el status es el logro histórico del Estado de Derecho por la burguesía y plano del que se parte en la concepción jurídico-política y por otro lado la Teoría de la Democracia como opción política. Los valores que definen a esta última se fundamentan por la elección óptima frente a sus correlativos. Así la "igualdad" no tiene sentido sin su correlativo "desigualdad". Este enfoque desde la lógica aboca a una configuración meramente política de la igualdad que no es traspasable al principio de libertad. Según Schmitt la libertad es un principio y la igualdad un valor democrático (319)

(319)Schmitt,C. "Toda igualdad recibe su significación y sentido mediante el correlato de una posible desigualdad; y es tanto más intensa, cuanto mayor es la desigualdad contrapuesta de aquellos que no son iguales" Obra citada, pag.264.

1. Neutralidad axiológica.

El problema de la neutralidad axiológica se sitúa en términos ajustados a la realidad jurídica y no sólo genéricamente a la realidad política para Schmitt. A propósito del problema de la constitución orgánica y la parte que contempla derechos y deberes en el texto de Weimar, enfoca el problema de la neutralidad no como aséptica no intervención axiológica, sino frente a la afirmación de los valores, como la negación de éstos.

La neutralidad supone una decisión a dos tiempos. La decisión nacida de la mayoría simple encuadrada en el sistema general es una decisión de un momento que se superpone en el tiempo, a una decisión anterior, los contenidos materiales que se incluyen en la Constitución con un rango superior, aprobada por una mayoría cualificada y protegida por un porcentaje más elevado.

"El contenido de la voluntad de 201 coacciona entonces la voluntad de 399, y ello solamente porque, con la violación del punto de vista funcionalista de la momentaneidad, se ha introducido una especie de prima a la mayoría cualificada lograda una vez anteriormente, lo cual es , democráticamente considerado, absurdo e incluso inmoral" (320).

Dos tiempos que basan dos valores para cada uno de ellos y la primacía del primero frente al segundo, con una jerarquía que Schmitt denuncia como contradictoria con el principio democrático de la regla de las mayorías. La decisión doble en la que una prima sobre la otra está basada en el "valor" de la seguridad, superior en cierta manera a los que después pueden añadirse y deviene de la observación funcional de que la base del sistema no puede cambiar cada legislatura y por otro lado , la creencia en unos valores más sólidos y perdurables que la ley material pretende recoger y preservar.

(320) Schmitt. Obra citada, pag.82.

Schmitt recoge aquí la última de las fases de un proceso de escisión profunda ; la ley material no hace sino plasmar esta división. La expresión de Laband "Toda ley consta de dos partes diferentes, una de las cuales es la regla misma y la otra es el mandato legal, esto es, la orden de cumplirla" **(321)** es recogida por Schmitt para su diferenciación entre ley material y ley formal. La ley material perpetúa esta escisión entre "Estado y sociedad, entre gobierno y representación popular, entre funcionarios subordinados al servicio (sometidos a una "relación especial de poder") y ciudadanos libres, y finalmente en la distinción civilista general propia del Estado de Derecho entre la esfera privada libre (en principio ilimitada) y las competencias del poder estatal reguladas de antemano por medio de la ley y por tanto, limitados y mensurables en principio **(322)**

(321) Obra citada, pag.33.

(322) Añade a continuación como complemento de los anterior: "Otra distinción derivada de ésta es la que se establece entre la ley, esto es, la ordenanza jurídica en el sentido de 'injerencia en la libertad y en la propiedad del ciudadano' y la ordenanza administrativa, como un acto que no atenta contra esta esfera de libertad, sino que solo despliega sus efectos "dentro del organismo del poder ejecutivo" (Anschütz). Obra citada, pag.34.

Esta diferenciación se integra en la concepción previa que observa de la ley en general como "injerencia en la libertad y en la propiedad". En la noción decimonónica se sitúa la antesala de lo que Schmitt va a contraponer en el propio sistema liberal. Cuando se da el paso frente al Estado autoritario se suprime toda vinculación del poder con el mandato personal, y la ley encauza la legitimidad racional en el sentido weberiano (323).

Se produce así para Schmitt un vaciamiento de la ley cuyo procedimiento legislativo formal tenía también la posibilidad de servirse " a su antojo de la forma de ley para revestir cualquier contenido de voluntad ", y añade "Toda la dignidad propia del

(323) Weber, M. **Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie**. J.C.B. Mohr . Tubinga, 1922. Versión castellana **Economía y Sociedad** . Fondo de Cultura económica. México , 1964. Reimpres. 1985. Pag.20. En la diferenciación que realiza de la acción social en Racionalidad con arreglo a fines, con arreglo a valores, afectiva y tradicional .En la concepción de Winckelmann , Weber entendería la legalidad como la dominación personal de la ley que expresa la legitimidad racional. Schmitt comenta la polémica de Winckelmann y Arold Gehlen, en la introducción de **Legalidad y legitimidad**. Citada. Pag. XXXIX y s. en torno a la racionalidad axiológica y la racionalidad teleológica en el debate teórico-constitucional y sociológico, con Weber como trasfondo. En este sentido y sobre el estudio general de la materia ver el libro de Germán Gómez Orfanel **Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1986. Pag. 232 y ss.

Estado de Derecho, que se derivaba del primer concepto de ley en sentido material (ley = norma jurídica) y que irradiaba sobre el procedimiento legislativo formal, quedaba cercenada de su origen y su fuente, que era aquella conexión objetiva con el Derecho" (324). Esto hace que los en los sucesivos pasos que se dan en la tendencia histórica de la tendencia formalista dominante , para Schmitt sean la progresiva desvinculación del concepto de ley de sus contenidos que la ligaban con el Derecho y la justicia, sustituida por un concepto de ley mantenido en su esencia política liberal. " Entonces ya no necesita la ley, ni siquiera en la intención, ser una regulación duradera general (que otorga trato igual a los iguales), con un contenido mensurable y determinado; siempre que observe el procedimiento legislativo, el legislador puede hacer lo que quiera; esto siempre es ley y siempre crea "Derecho". Con esto quedaba abierto el camino para una noción funcionalista y formalista de la legalidad, absolutamente "neutral", caracterizada por la ausencia de

(324) Schmitt. Obra citada, pag.35.

valores, de cualidades distintivas y de contenido" (325).

La tendencia que denuncia Schmitt como inercia del Estado Legislativo-Parlamentario se había ya convertido en presupuesto metodológico en la Escuela Alemana de Derecho Público desde la diferenciación de ley en sentido formal y material en el sentido de Laband. Schmitt, junto a Triepel, Heller, Smend y Kaufmann, critica duramente la construcción hegemónica. Con ocasión del Congreso de Munich en 1926, de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho Público, en el que se estudiaba - la ley en la Constitución alemana de 1919, se plantearon los diferentes argumentos que tienen como fondo la concepción del formalismo y el método exegético de Laband , y el comienzo del derribo desde las concepciones que optan cada una de ellas por caminos muy diferentes (326). La situación política tenía su entorno

(325) Schmitt. Obra citada, pag.36.

(326) Sobre la materia ver el libro de José A. Estévez Araujo. **La crisis del Estado de Derecho Liberal. Schmitt en Weimar**. Ariel, Barcelona 1989. Pag.92 y ss. También Gómez Orfanel. **Excepción y normalidad...**Citada. Pag.167 y ss.

nacional en tensiones que luego aparecieron como irreconciliables, y en el ámbito internacional con la Revolución de 1917 , la alemana de 1918, y después la situación italiana donde la axiología entraba a través de la forma de Estado cambiante frente al sistema liberal burgués, además de las necesidades de defensa de y contra los valores convertidos en contenidos materiales, producía una difícil desvinculación del Derecho y la política. Así Estévez Araujo afirma que en aquella situación no avistaba la crisis del Estado liberal puesto que en los años de estabilidad de la República de Weimar, todavía "los postulados metodológicos que hacían aparecer el derecho como un ámbito neutral en el que resultaba posible encontrar criterios objetivos de solución de los conflictos resultaban funcionales en un momento en que se mantenía la creencia de que en la sociedad no existían antagonismos inconciliables". (327).

(327) Estévez Araujo. Obra citada, pag.95.

La alternativa de Schmitt en materia de valores (328) en primer lugar pasa por los conceptos antitéticos de legalidad y legitimidad y la imposibilidad de hallar la segunda desde la primera dado que se ha desvinculado de los contenidos materiales. El sistema de legalidad se convierte en un círculo cerrado en donde no entran los valores que sustentan la legitimidad en sentido schmittiano. Por el contrario para Max Weber la propia legalidad dotaba de una fundamental legitimidad al poder. Gómez Orfanel afina la tensión: "Winckelmann compara los conceptos de legalidad de Weber y Schmitt y analiza las críticas de éste , afirmando que legitimidad significa fundamento de validez (Geltungsgrundlage) de un orden,

(328) En el ámbito general Estévez Araujo, citando a Friedrich, afirma que respecto a los postulados metodológicos del método exegético de Laband, los críticos Heller, Smend, Schmitt, Triepel o Kaufmann supieron convertir dicho método en algo definitivamente del pasado pero "no fueron capaces de encontrarle un sustituto " (Obra citada, nota 50 del Cap. II, pag.93 y 119). Quizá Kelsen pueda servir como modelo de esta alternativa si bien no satisface la crítica schmittiana. No obstante la combinación de la certeza jurídica que luego el decisionismo Schmittiano puede dejar un tanto desvalida, con los elementos materiales aparece interesantemente descrita en el artículo de Radbruch **Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes** (1946). En la selección que hace bajo el título **Derecho Injusto y Derecho nulo**. Rodríguez Paniagua. Aguilar. Madrid, 1971. Pag.3 a 22.

y que el concepto de legalidad de Weber (329) contempla una legitimación auténtica, la basada en principios racionales en cuanto a valores compartidos, cuya realización (Verwirklichung) corresponderá a las normas que se establezcan. Por el contrario, el concepto schmittiano de legalidad debería ser entendido únicamente como condición formal de vigencia carente de contenido material de orden y por ello rechazado por el propio Schmitt como forma de legitimidad. (330)

Para Smend no queda en términos tan radicales sino que admite ciertos grados de legitimidad "El fundamento de la legitimidad son los valores concretos que actúan, por un lado, como factores y , por otro, como elementos básicos de la validez de un orden jurídico-político determinado. Dado que estos valores pueden

(329) Ver el trabajo de María José Fariñas. **La Sociología del Derecho de Max Weber**. UNAM, México, 1989.sobre el derecho racional-material . Pag. 223 y ss. De la misma profesora en materia de valores, su interesante trabajo **La Wertbeziehung y la Wertfreiheit como características metodológicas: " algunas reflexiones en torno al problema de los "valores" en las Ciencias Sociales"**. Anuario de Derechos Humanos.Num. 6. 1990. Pag. 181 y ss.

(330) Gómez Orfanel. Obra citada, pag.233.

ser muy diversos, existen también diversos tipos de legitimidad. Por supuesto que en el formalismo el problema ni tan siquiera existía, pues a la pregunta sobre la positividad del Derecho se puede responder sencillamente con un sí o con un no, prescindiendo así del resto de las cuestiones jurídicas". (331)

En Smend aparece como parte de su concepto de **Integración**, en este caso de la integración material de valores y fines por parte del Estado, que según basa su constitución en la consecución de objetivos y fines comunes, en la "progresiva realización de los contenidos sustantivos de tipo eidético que presupone la existencia de una comunidad y su misión consiste en intensificar, enriquecer y fundamentar el sentido comunitario (332).

(331) Smend, R. **Verfassung und Verfassungsrecht**. 1ª ed. 1928, editado junto a otros trabajos en **Staatsrechtliche Abhandlungen**. Duncker & Humblot. Berlín, 1968. Versión castellana de J.M. Beneyto Pérez. **Constitución y Derecho Constitucional**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1985. Pág. 101.

(332) Smend. Obra citada, pag. 93. No sólo sigue a Litres como expresa en nota a pie de página sino el sentido de Toënies en **Comunidad y Sociedad**. Citada.

2. La tiranía de los valores.

En segundo lugar, Schmitt se ocupa explícitamente de los valores en los artículos titulados **La tiranía de los valores (333)**, que da lugar a un comentario extenso por parte del

(333) Con este título aparecen dos artículos: **Die Tyrannei der Werte**. Contenido en **Säkularisation und Utopie, Ebracher Studien. Festschrift für Ernst Forsthoff**, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1967. Pag.37 y ss. La versión italiana **La tirannia dei valori**. Antonio Pellicani ed, Roma, conteniendo, con el apartado I, el artículo aparecido con ocasión del homenaje en el 80 cumpleaños de Carl Schmitt en la "Rassegna di diritto pubblico" traducción de Susanne Forsthoff y Franco Falcomi, 1970, Pag. 1 y ss. La versión aparece revisada y corregida. En su apartado II se recoge las **Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori**. Dedicado por Carl Schmitt a los participantes del seminario de Ebrach del año 1959. Este segundo apartado, prologado por una Consideración Preliminar dedicada a la versión española aparece traducido al castellano por Anima Schmitt de Otero, **La Tiranía de los valores** en la Revista de Estudios Políticos . Madrid , enero-febrero de 1961 , Pag. 65 y ss. La homogénea titulación de los dos artículos que corresponden a dos textos diferentes y la que utiliza la edición italiana que recoge ambos para dos artículos diferentes puede dar lugar a confusión.

autor alemán respecto al fenómeno.

Su interpretación parte de la concepción de los valores como un término abocado a la interpretación economicista (334) según la diferente acepción que Wert , tiene en alemán, mientras que *valor* permanece en los idiomas que provienen del latín como sinónimo de fuerza o virtud. (335)

Es, en el contexto de la filosofía de los valores, desde donde Schmitt denuncia la consideración peligrosa de los valores entendidos desde esta doctrina. Pero no se trata de consideraciones al hilo de la metafísica sino desde el ámbito jurídico-político,

(334) Ver en este sentido, Marcelino Rodríguez Molinero. **¿Hay un orden jerárquico de valores en la Constitución?**. En Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución. Ministerio de Justicia. Cinco volúmenes. Madrid, 1988. Volumen I. Pag. 512 , además de las palabras citadas de Villey en la Introducción al volumen de Grzegorzczuk. **La théorie générale des valeurs et le droit** . Citado.

(335) Sobre la terminología: Schmitt. **Der Gegensatz von Gemeinschaft und Gesellschaft als Beispiel einer zweigliedrigen Unterscheidung. Betrachtungen zur Struktur und zum Schicksal solcher Antithesen**. Estudios jurídicos-sociales en homenaje al profesor Luis Legaz Lacambra. Santiago de Compostela, 1960. Pag.177 y s.



aludiendo a la denuncia que Forsthoff en su trabajo **Die Umbildung des Verfassungsgesetzes**, hace de la introducción de la filosofía de los valores en la jurisprudencia de los tribunales supremos con capacidad transformadora de los conceptos de constitución, legislación y jurisdicción.(336)

La preocupación de Schmitt se basa en que la incorporación de los valores produce una disolución de conceptos y métodos jurídicos y desde la perspectiva de la decisión judicial, la puesta en peligro del mismo concepto de independencia judicial.

La base del ataque a la concepción de los valores expone no solo la opción de la consideración de unos valores que comienzan por llenar el vacío que el positivismo científico ha dejado en esta materia sino que en virtud de su propia naturaleza los valores exigen la imposición por parte de la subjetividad que los

(336) En Consideraciones preliminares de la versión castellana de la **Tiranía de los valores**. Citada, pag.67.

defiende si tiene la fuerza suficiente para hacerlo. La situación que imprime la consideración de los valores no es otra, para Schmitt, que la de la situación de guerra de todos contra todos. El *bellum omnia contra omnes* devuelve a través de la axiología a la situación del Estado de Naturaleza de los presupuestos iusnaturalistas. El planteamiento de Scheler, de Hartmann, de Ortega implica, aun después del intento de jerarquización que cada uno de ellos hace, "que los valores, por muy alta y sagradamente como *valgan*, en definitiva no hacen más que *valer*, es decir, que valen *para* algo o *para* alguien. La observación de que este *para* 'no es inherente a su valer ideal, sino exclusivo de su valer actual', esto es, 'al sujeto que siente valores', es decisiva para nuestra consideración jurídica, porque nos interesa solamente el valer actual, y ahora resulta que, en el caso concreto, no nos encontramos con otra cosa que "sujetos que sienten valores" (337)

Del paso de este subjetivismo a convertirse en un punto

(337)Schmitt. Obra citada, pag.71,.

de ataque por la virtual agresión que supone el punto de vista que materializa en dicho valor es el principal motivo de crítica sobre la base de lo antes expuesto que desemboca en la tiranía de los valores cuando se acepta el derecho y hasta el deber que el valor mayor tiene frente al menor de imponerse.

Estos términos que nacen de su concepción general calcados de su tensión amigo-enemigo y que se salva con la romántica idea del decisionismo no corresponden exactamente a la concepción con la que se entronizan los valores jurídicos en una constitución en donde las garantías y los principios del Estado social no sólo aseguran el respeto a los valores minoritarios sino que adopta para sí la tarea de lograr la consecuencia de otros valores que tienen como fines la superación de desigualdades y por tanto, exigencias de tipo axiológico cuya carencia provocaría una situación de mayor beligerancia social, más próxima a la situación de la guerra de todos contra todos, más acorde con el Estado liberal puro que Schmitt desde otros ámbitos también hostigó. De la moderna

concepción de estos valores jurídicos con vocación de integración en el ordenamiento jurídico daremos una visión en el capítulo siguiente.

ÍNDICE

INTRODUCCION GENERAL	3
--------------------------------	---

CAPITULO INTRODUCTORIO

APUNTES DE UN ENFOQUE FILOSOFICO DE LOS VALORES	11
---	----

I.- SITUACIÓN DEL TEMA	12
----------------------------------	----

II.- LA DENOMINADA "FILOSOFÍA DE LOS VALORES"	42
---	----

III.- ESTRUCTURA DE LA RELACIÓN EN LA "FILOSOFÍA DE LOS VALORES"	59
---	----

CAPITULO PRIMERO

EL SISTEMA DE VALORES EN EL ORDENAMIENTO. APROXI- MACION HISTORICA AL MUNDO MODERNO	84
--	----

I.- PANORAMA GENERAL	86
--------------------------------	----

II.- IUSNATURALISMO RACIONALISTA: VALORES Y SISTEMA 1.- LOS ORIGENES	126
---	-----

2.- GROCIO	140
A.- PRAGMATICA E HISTORICISMO	154
B.- OBJETIVISMO Y SUBJETIVISMO	165
3.- PUFENDORF	173
.- LA DOCTRINA DE LOS ENTIA MORALIA	190
4.- HOBBS	198

CAPITULO SEGUNDO

EL SISTEMA EN SUS SENTIDO FORMAL.

EL RECHAZO DE LOS VALORES. KELSEN	210
---	-----

I.- EL PROBLEMA DESDE LA NORMA JURIDICA	217
---	-----

1.- EL PRINCIPIO DE IMPUTACION	221
--	-----

2.- NORMA E IDEOLOGIA	235
---------------------------------	-----

II.- EL PROBLEMA DESDE EL SISTEMA	255
---	-----

CAPITULO TERCERO

LA TENSION ENTRE EL CONTENIDO FORMAL Y MATERIAL

DE LOS VALORES. HELLER. MORTATI

SCHMITT. 268

I.- HELLER 271

II.- MORTATI 289

III.- SCHMITT 303

1.- NEUTRALIDAD AXIOLOGICA 314

2.- LA TIRANIA DE LOS VALORES 324

CAPITULO CUARTO

LOS VALORES Y EL DERECHO. UNA

PROPUESTA DE CONSTRUCCION 330

I.- ASPECTOS GENERALES 331

II.- LOS ANTECEDENTES DOCTRINALES DE LA CONSTRUC-

ION DE UNA TEORIA DE LOS VALORES JURIDICOS 343

1.- EL ORDENAMIENTO JURIDICO EN SANTI ROMAN	346
2.- HART Y BOBBIO	354
3.- LAS APORTACIONES ESPAÑOLAS	375
III.- EL PUESTO DE LOS VALORES EN EL SISTEMA JURIDICO	436
1.- DERECHO Y PODER EN EL HORIZONTE DE LOS VALORES	437
2.- LOS VALORES DEL ORDENAMIENTO	450
3.- LOS VALORES COMO NORMA JURIDICA	468
CAPITULO QUINTO	
LOS VALORES SUPERIORES EN LA CONSTITUCION DE 1978	
I.- ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS VALORES SUPERIORES	478
1.- DERECHO ESPAÑOL	478

2.- DERECHO COMPARADO	489
3.- LA POSITIVACION DE LOS VALORES SUPERIORES	
A.- EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCION	501
B.- ENMIENDAS AL ANTEPROYECTO. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS	514
C.- ENMIENDAS AL PROYECTO. SENADO	548
II.- COMPLEMENTOS PARA LA EXPLICACION DEL ARTICULO 1.1	562
III.- LOS VALORES SUPERIORES Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL . .	575
1.- VALORES Y PODER	578
2.- VALORES Y SISTEMA	590
3.- VALORES Y NORMA	596

CONCLUSIONES	602
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	611
------------------------	-----

CAPITULO CUARTO:

LOS VALORES Y EL DERECHO. UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCION.

I. ASPECTOS GENERALES.

En el Capítulo introductorio hemos intentado caracterizar a los valores desde el punto de vista filosófico haciendo un esfuerzo para presentarlos aun a sabiendas de que se trata de un tema inagotable , y de que el Derecho no los recibe como tal noción filosófica pura. Para indicar ese punto de vista que no pretende ser exhaustivo sino dar al lector de esta investigación una pista del bagaje del que parte, lo he considerado como una introducción.

Los tres capítulos siguientes se han situado ya directamente en la relación entre los valores y el Derecho, analizan-

do distintos proyectos en momentos históricos variados , pero que no se estudian con una metodología histórica sino que pretenden dibujar modelos en los que se encajan de diferentes maneras los dos conceptos que identifican este trabajo: los valores y el Derecho.

En el iusnaturalismo racionalista hemos estudiado principalmente a Grocio, Pufendorf y Hobbes, que alumbran dimensiones interesantes para comprender el problema, como es principalmente la idea de que es necesaria la mediación del poder político para que la moralidad pueda ser eficaz, y también quizás, en el caso de Hobbes, que el sistema se cierra con la voluntad del poder, aunque aún falten elementos que la cultura jurídica actual proporciona para construir la relación entre valores y Derecho. También hemos encontrado entre los autores del iusnaturalismo analizados dos tipos de contractualismo, si estos planteamientos fueran útiles para entender nuestro tema: un contractualismo racionalista que va de Grocio a Locke y un contractualismo voluntarista que Hobbes representa. En todo caso en estos autores

aparece una idea de sistema material identificado por unos contenidos que, como vemos en el capítulo segundo, al estudiar a Kelsen, éste identifica como sistema estático. Quizás éste sea el signo precursor más directo entre el iusnaturalismo racionalista y la actual relación que propondré , entre los valores y el Derecho. Me parece que lo que diferencia a la propuesta iusnaturalista , excepto en Hobbes - que sólo es un iusnaturalista simulado - de la relación de los valores con el Derecho, es que la moralidad se basta a si misma, se completa en su dimensión moral, que además es jurídica, sin necesidad de incorporarse al Derecho positivo (338).

Sin embargo los valores sólo se completan, al incorporarse a la realidad que convierten en valiosa, sea el Derecho, sea la piedra transformada en escultura, el lienzo en pintura o el papel en obra literaria.

(338) Ya he apuntado , sin embargo, que estos autores iusnaturalistas comprenden el papel de la positivación y de la mediación del poder para la eficacia del Derecho natural.

En el capítulo dedicado a Kelsen permanece el sistema pero se purifica de las dimensiones ética y política, imprescindibles para entender la conexión entre los valores y el Derecho. Todo el esfuerzo de construcción sistemática del autor austríaco será muy útil para situar a los valores en el Ordenamiento y para entender su puesto como norma básica material del mismo. Por eso frente a lo que indica Ollero, tiene razón Peces-Barba cuando afirma la posibilidad de utilización del material kelseniano, en la construcción de una teoría jurídica de los valores superiores (339). Si los valores superiores suponen una moralidad de la libertad, un poder político democrático y una concepción sistemática del Derecho, Kelsen hará una importante aportación en el tercer nivel.

El capítulo tercero estudia la posición de Schmitt, de Mortati y de Heller y sus aportaciones a nuestro tema. Hemos visto como Schmitt profundiza en el voluntarismo de Hobbes, desde un

(339) Ver Ollero, A. **La Constitución entre el normativismo y la axiología**. En **Derechos Humanos y Metodología Jurídica**. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1989. Pag. 225 y ss.

decisionismo no individualista y sólo es útil para nosotros en cuanto señala el papel del poder en la construcción del Derecho, y diagnostica la aparición de los contenidos materiales de las Constituciones por la acción del legislador extraordinario "ratione materiae". Vemos también como Mortati, haciendo una construcción anti-kelseniana, propia de la época en que redacta su obra *La Costituzione in senso materiale*, en pleno auge del fascismo, construye la tesis, que interesa para la idea de los valores jurídicos, del Ordenamiento material, pero no la fundamenta en una moralidad previa al poder que éste hace suya, sino que esa moralidad es creada por el poder - formalismo ético -, con lo que tenemos el punto de llegada de la construcción , el término **ad quem**, pero no el punto de partida, el término **a quo**. Finalmente Heller será importante, con sus aportaciones a la relación entre poder y Derecho, con una comunicación que no disuelve a ninguno de los términos y que facilitará la construcción que pretendemos de una teoría jurídica de los valores, para explicar en el último capítulo el significado del artículo 1.1 de la Constitución. No es Kelsen porque no disuelve el